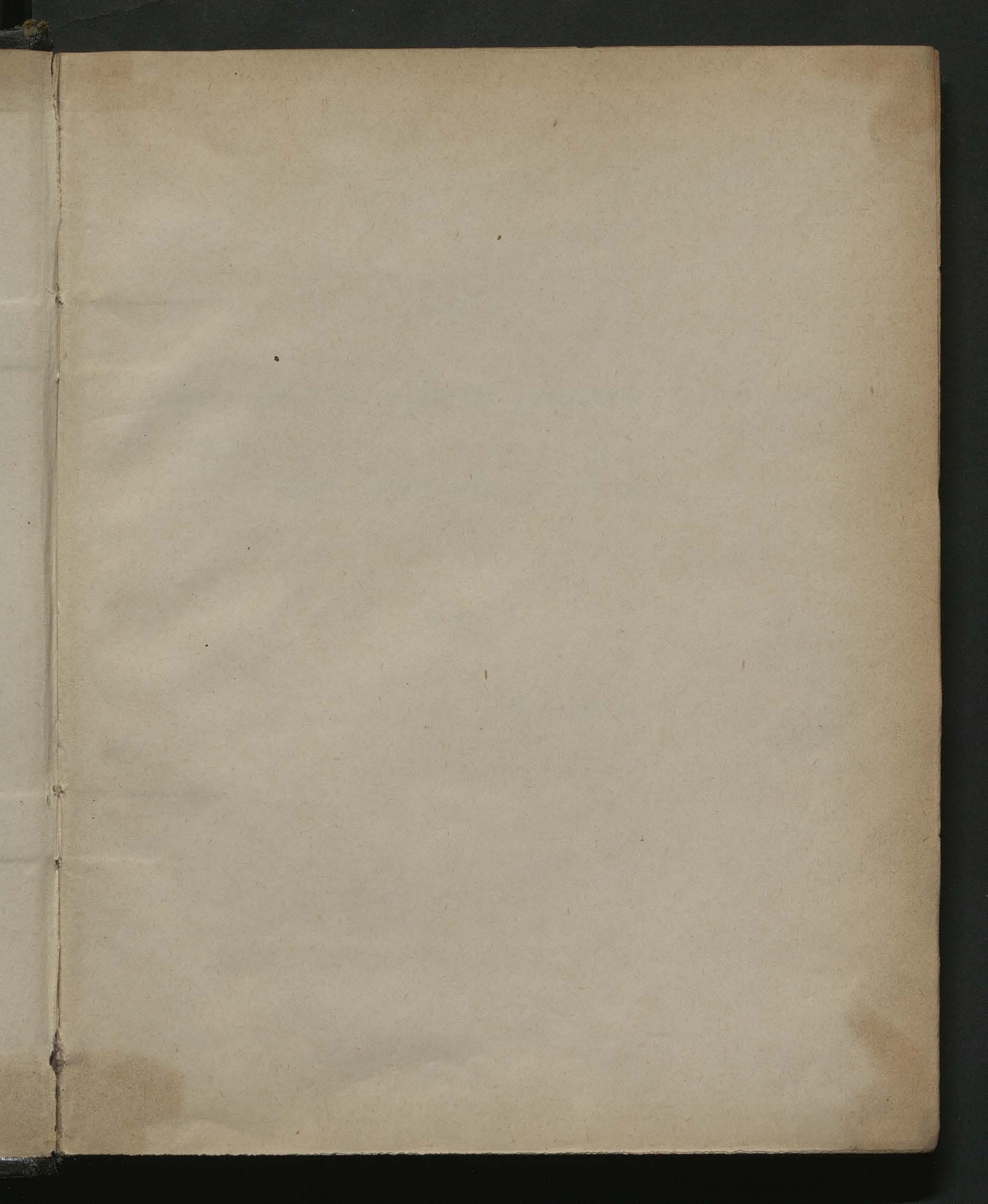
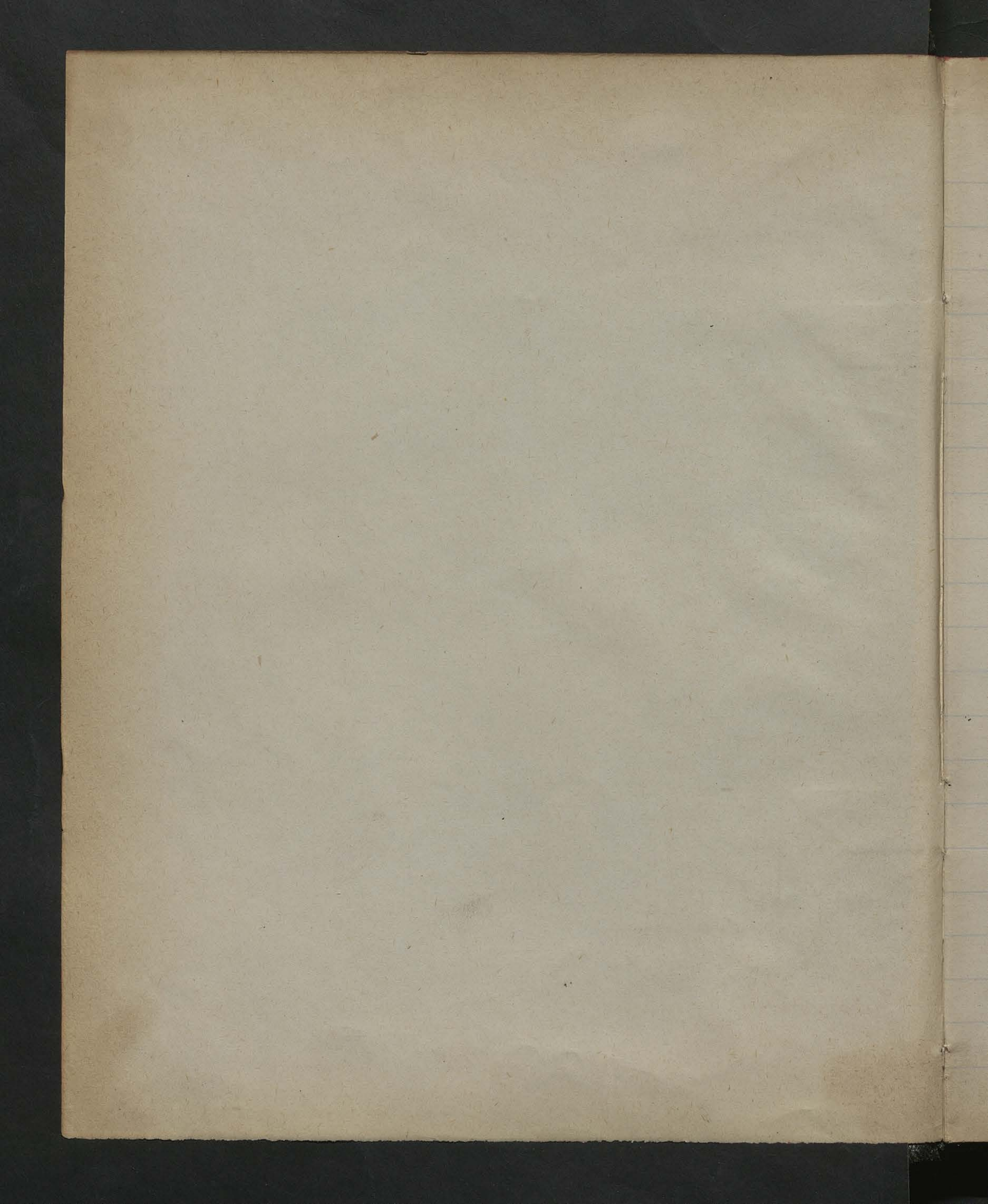
Das

Senatusconsultum Macedo-
nianum.

Von

Dr. iur. Leo v. Mańkowski.





Das Senatusconsultum Macedonianum nach römischem Rechte.

Von

Dr. iur. Leo von Mańkowski.

Leipzig. 1881.

Verzeichniss der benutzten Bücher.

(Die eingeklammerten Seiten und Paragraphen bezeichnen die Stellen, welche über das SC. Macedonianum handeln).

Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Caesarearum ed. G. O. Reitz. Tom. II. Hagae Comitis 1751 (pag. 849–851).

Hugonis Donelli Opera omnia. Commentariorum de iure civili tomus III cum notis Osualdi Hilligeri. Florentiae 1841 (Comm. XII c. 24–28, XIV c. 12 auf S. 673–738 und 1133 ff.).

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, 14. Thl. 2. Abtheilung. Erlangen 1813 (§§. 898–904 auf S. 302–354).

Unterholzner, Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen, herausgegeben von Huschke. 1. Band. Leipzig 1840 (§§. 72. 73. auf S. 147–153).

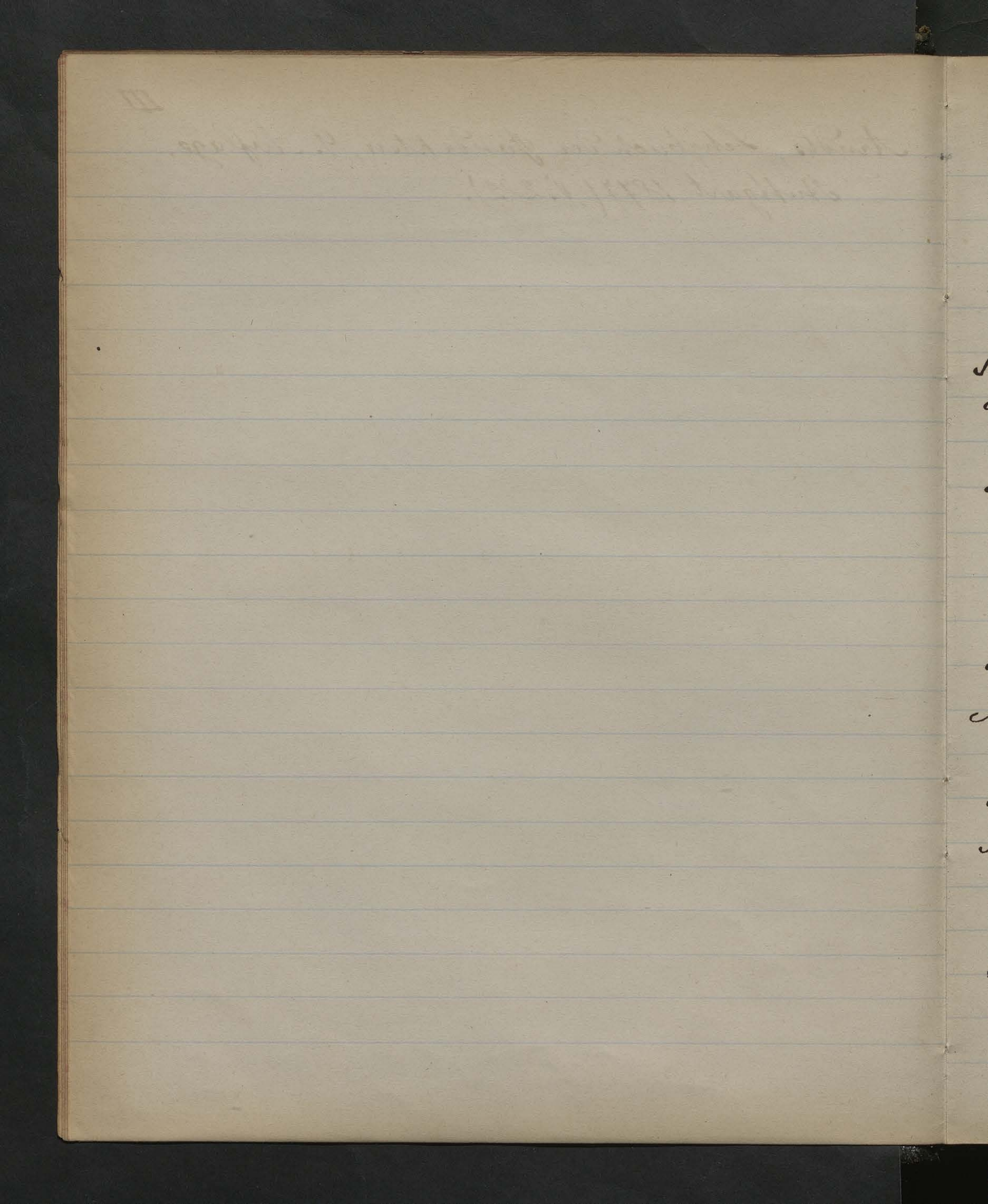
Puchta, Pandekten 4. Auflage. Leipzig 1848 (§. 306).

Dietzel, Das SC. Macedonianum. Leipzig 1856.

Rudorff, Römische Rechtsgeschichte 1. Band.

Leipzig 1857.
Schwanert, Die Naturalobligationen des römischen Rechts. Göttingen 1861 (§. 17, S. 341–363).
Dueckers, De Senatusconsulto Macedoniano. Berolini 1866.
Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht, 2. Band. 3. Auflage. Leipzig 1868.
Seydel, Die gemeinrechtliche Lehre vom Macedonianischen Senatsbeschlusse. Würzburg 1869.
Ryck, Das Creditiren an Minderjährige und Kinder in väterlicher Gewalt, im Archiv für die civilistische Praxis, 53. Band (Neue Folge 3. Band) 1. Heft. Heidelberg 1870 (S. 85–134).
Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechts. 1. Band. Tübingen 1871 (S. 431–524).
Kuntze, Cursus des römischen Rechts. Leipzig 1869.
Salkowski, Lehrbuch der Institutionen, 2. Auflage. Leipzig 1875.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Band, 4. Auflage. Düsseldorf 1875 (§. 373).

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 9. Auflage. Stuttgart 1877 (§. 282).



Inhalt.

I. Das SC. Macedonianum im Allgemeinen.*)

§. 1.

Einleitung.

Wie jedes Gesetz, so hat auch das SC. Macedonianum seine Entwicklungsgeschichte. Leider ist aber dieselbe sehr dunkel, da wir bezüglich ihrer nur auf

---

*) Die heutige Geltung des SC. Macedonianum scheidet aus der folgenden Darstellung aus. Es sei hier nur bemerkt, dass sie fast einstimmig anerkannt wird, so von Glück S. 354, Unterholzner §. 73 Z. 5, Dückers S. 165-169, Seydel S. 55-59, Sintenis §. 108 Anm. 36, Ryck S. 121. 122, Windscheid §. 373 Anm. 6 a. E. A. M. Dietzel S. 152-154 in Folge seines unrichtigen Ausgangspunktes. Letzterer führt ihn dazu, auch sonst in den meisten Beziehungen von der herrschenden Meinung abzuweichen. Seine gelehrte, aber doch verfehlte Monographie strotzt von so vielen Unrichtigkeiten, dass in der vorliegenden Abhandlung auf dieselbe nicht näher eingegangen werden kann. Die ausführlichste

ein paar Stellen bei Terenz und Cicero (s. Glück S. 302. 303, Seydel S. 1. 2) angewiesen sind, aus welchen nichts Bestimmtes gefolgert werden kann. Jedenfalls dürfte die lex Plaetoria (vor 200 a. Chr.) mit dem S. C. Macedonianum in keinem directen

---

Widerlegung sowohl seines unrichtigen Standpunktes als auch seiner einzelnen von der herrschenden Meinung abweichenden Ansichten findet man bei Dückers. — Bezüglich der einschlägigen Litteratur vergleiche man oben das Verzeichniss der benutzten Bücher. Anderweite Litteraturangaben s. bei Glück, Dückers und Seydel. Die auf das S. C. Macedonianum bezüglichen Quellenstellen sind: Tit. Dig. de S. C. Macedoniano 14, 6; tit. Cod. ad S. C. Macedonianum 4, 28; §. 7 Inst. quod cum eo 4, 7; vgl. Cod. Greg. 3, 8 (de S. C. Macedoniano), Paulli Sent. 2, 10 und Theophilus ad §. 7 Inst. cit. — In der Anordnung des Stoffes schliesse ich mich im Wesentlichen an Seydel an, da seine Disposition sich durch ihre Einfachheit und Uebersichtlichkeit empfiehlt.

Zusammenhang stehen, denn sie bezog sich nur auf Minderjährige und bezweckte offenbar Schutz derselben gegen Uebervortheilung seitens der mit ihnen contrahirenden Dritten, während das S. Macedonianum gar nicht auf dem Standpunkte des Schutzes der Hauskinder steht (s. u. §. 3). Auch die prätorische Rechtshilfe der in integrum restitutio propter minorem aetatem hat aus demselben Grunde auf die Entwicklung des im S. Macedonianum enthaltenen Darlehnsverbots keinen Einfluss geübt. Hauskindern als solchen gewährte das römische Recht keinen Schutz, sofern sie nicht wegen Unmündigkeit oder Minderjährigkeit denselben beanspruchen konnten. Sie konnten sich im Gegentheil giltig verpflichten und somit auch belangt und verurtheilt werden s. l. 39 D. de O. et A. 44, 7: „filiusfamilias ex omnibus causis tamquam paterfamilias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest." Mag dieser Gedanke erst allmählich, vielleicht parallel mit der Ausbildung des Peculieninstituts,

zur Geltung gekommen sein (s. Mandry a. a. O. S. 340 ff.), jedenfalls wird man nicht leugnen können, dass wenigstens zu Beginn der Kaiserzeit diese Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder bereits anerkannt war. Es ist allerdings fraglich, ob gegen einen <u>filiusfamilias</u> auch die Execution statthaft war, indessen kann das Gegentheil nicht bewiesen werden.*)

---

*) Die Möglichkeit einer Real- und Personalexecution gegen einen verurtheilten <u>filiusfamilias</u> wird von Mandry (a. a. O. S. 407. 408 ff.) verneint; indess muss er zugeben, dass die Quellen diese Frage nicht entscheidend beantworten und dass „die Feststellung der Schuld … sicherlich in der grossen Mehrzahl aller Fälle zur Bezahlung führte." Die lex 5 pr. D. quod cum eo 14, 5 sagt durchaus nicht, dass die <u>actio iudicati</u> erst nach Auflösung der väterlichen Gewalt angestellt werden könne (Dietzel S. 14), sondern nur, dass, wenn sie erst dann angestellt wird, dem Schuldner möglicherweise das <u>beneficium competentiae</u> zustehe.

Konnte sich nun ein Hauskind giltig verpflichten, so konnte es auch Darlehen giltig aufnehmen und mit der condictio ex mutuo aus denselben belangt werden. Eine Aenderung in dieser Beziehung schaffte das SC. Macedonianum, welches Darlehen an Hauskinder für klaglos erklärte.

---

§. 2.

Inhalt des SC. Macedonianum und Verhältniss desselben zur lex Claudia.

Das Senatusconsultum Macedonianum ist ein Senatsbeschluss aus der Regierungszeit Vespasians (69-79), welcher Darlehen an gewaltunterworfene Personen für klaglos erklärte und letztere durch eine Einrede (die exceptio senatusconsulti Macedoniani) gegen die Darlehnsklage, falls sie angestellt war, schützte. Ueber dieses Gesetz berichtet Sueton (Vesp. c. 11): „(Vespasianus)... auctor senatui fuit decernendi... ne... filiorum familiarum foeneratoribus exigendi crediti ius unquam esset, hoc est ne post patrum quidem mortem."

Aehnlich lautet eine Stelle bei Tacitus (Annales 11, 13), in der es von Kaiser Claudius (41–54) heisst: „et lege lata saevitiam creditorum coërcuit, ne in mortem parentum pecunias filiisfamilias fenori darent." Ich lasse hier gleich den Wortlaut des SC. Macedonianum folgen, welchen uns Ulpian (l. 1 pr. D. h. t.) überliefert hat:

„Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen exspectata patris morte fieri."

Es ist sehr bestritten, ob die citirten Stellen von Tacitus und Suetan sich auf zwei verschiedene Gesetze beziehen oder aber nur das SC. Macedonia-

num im Auge haben, in welch' letzterem Falle sie bezüglich der Zeit des Senatsbeschlusses einander widersprechen würden. Einen solchen Widerspruch anzunehmen, haben wir keine Veranlassung.
Bei Tacitus kann sich eine Erwähnung des SC. Macedonianum nicht vorfinden, da die auf uns gekommenen fünf Bücher seiner Historien mit dem Jahre 70 abbrechen. Andrerseits kann Sueton auf ernste Geschichtsschreibung keinen Anspruch machen; dass er der lex Claudia nicht erwähnt, kann somit nicht als auffallend erscheinen.

Nichtsdestoweniger hat man die Berichte Tacitus' und Suetons auf ein Gesetz bezogen und den sich daraus ergebenden Widerspruch durch verschiedene mehr oder weniger scharfsinnige Vereinigungversuche zu beseitigen gesucht, auf welche hier nicht näher eingegangen werden kann (vgl. die Conjectur des Heineccius bei Glück S. 308). Einfacher ist es, mit Glück (S. 303. 304) und Rudorff (S. 122) eine lex Claudia (aus dem

Jahre 47 p. Chr.) neben dem SC. Macedonianum anzunehmen u. zw. mit der Unterscheidung, dass erstere „Gelddarlehen auf Rückzahlung nach dem Tode des Vaters," letzteres ganz allgemein <u>alle</u> Darlehen an Hauskinder verbot und die Klage dem Darlehnsgläubiger auch nach dem Tode des Gewalthabers versagte. So auch Ryck S. 94, Schwanert S. 345 Anm. 13; vgl. die Note des Herausgebers zu Donellus' Commentaren p. 675: „tametsi et aliquid ea de re cautum tempore Claudii."

Auch Dückers (S. 2–6) nimmt eine <u>lex Claudia</u> neben dem SC. Macedonianum an, verwirft jedoch die hier angeführte Unterscheidung beider Gesetze und erklärt die Einführung des Senatsbeschlusses dadurch, dass die <u>lex Claudia</u> thatsächlich nicht angewandt wurde. An ihn schliesst sich Seydel (S. 2) an. Mandry (S. 435) identificirt beide Gesetze, muss also einen Widerspruch zwischen den Berichten Tacitus' und Suetons annehmen. Uebrigens ist es nicht unwahrscheinlich, dass schon die <u>lex Claudia</u> die Klaganstellung <u>post mortem patris</u> verbot, freilich nur bei

solchen Darlehnsgeschäften, welche die Clausel der Rückzahlung nach dem Tode des Hausvaters enthielten (vgl. Mandry S. 434 Anm. 3). Die Behauptung, dass durch die lex Claudia den Darlehnsgläubigern die Personalexecution gegen Hauskinder durante potestate entzogen wurde, wird von Mandry (S. 435) widerlegt.

Die hier befolgte Ansicht von Glück und Rudorff entspricht dem Wortlaute der beiden citirten Stellen. Denn während die lex Claudia sich bloss gegen das in mortem parentum credere richtete, versagte das SC. Macedonianum dem Wucherer ein für allemal das ius exigendi crediti, also auch post patrum mortem. Von manchen wird behauptet, dass das SC. Macedonianum eben Darlehen auf die väterliche Erbschaft verbieten wollte. Dies ist unrichtig, wenn man darunter Darlehen auf Rückzahlung nach dem Tode des Gewalthabers versteht; denn gerade im Falle des Macedo, welcher die Veranlassung zum SC. Macedonianum gab, lag ein solches Darlehn nicht vor. Dies ergiebt sich aus den

Worten des Theophilus a. a. O., welcher über diesen Fall ausführlich berichtet: „instabat creditor, debitum repetens." Fiele der Rückzahlungstermin in die Zeit nach dem Tode des Gewalthabers, so könnte der Gläubiger vor demselben nicht auf Leistung dringen. Andrerseits erhellt aus dem Umstande, dass Macedo zwecks Befriedigung seines Gläubigers seinen Vater ermordete, dass durch die lex Claudia das ius exigendi crediti nicht so allgemein versagt war, denn sonst hätte der von Macedo verübte Vatermord gar keinen Zweck gehabt.

Das Verhältniss beider Gesetze zu einander ist nun folgendes. Das S. Macedonianum wurde eingeführt, weil die lex Claudia die üblen Folgen der Darlehen an Hauskinder nicht gänzlich beseitigt hatte. Ihr Zweck war nicht, die Hauskinder als solche gegen ihre Gläubiger zu schützen, sondern dem wucherischen Treiben letzterer, welches sich besonders bei Darlehnsgeschäften mit Hauskindern als höchst verderblich erwies, einen Riegel vorzuschieben. Nicht das Darlehn an Hauskinder an sich sollte verboten,

sondern nur die saevitia creditorum im Zaume gehalten werden. Diese Härte der Gläubiger (Fordern von übermässig hohen Zinsen, Stellen von überaus harten Bedingungen bei Eingehung des Darlehns) war scheinbar dadurch gerechtfertigt, dass die Befriedigung derselben eine höchst unsichere war, weil die Schuld erst nach dem Tode des Gewalthabers eingeklagt werden konnte. Durch das Verbot derartiger Darlehen mit der ausdrücklichen Clausel, dass die Rückzahlung erst nach Eintritt dieses Zeitpunktes erfolgen sollte, glaubte man für den Schutz der Hauskinder genügend gesorgt zu haben. Möglicherweise wurde auch dieser Zweck des Gesetzes erreicht, indem sich nunmehr die Gläubiger mit geringeren Zinsen begnügen mussten und ihre Schuldner sich nicht mehr so harte Bedingungen gefallen zu lassen brauchten. Obgleich nun in Folge der lex Claudia die Gläubiger sich die Rückzahlung der Schuld nicht mehr nach dem Tode des Gewalthabers von den Hauskindern versprechen lassen durften, so wurde die Darlehnsklage dennoch thatsächlich post mortem parentum angestellt, weil das

[Peculium

nur in den allerseltensten Fällen zur Befriedigung derselben ausreichte. Somit traten an die Stelle von Darlehen in mortem parentum i.e. S. Darlehen, welche factisch exspectata patrum morte gegeben wurden. Der Vatermord des Macedo, welcher übrigens nicht vereinzelt dastand (vgl. § 7 J. quod cum eo 4, 7: „quae ideo senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentium insidiabantur" und l. 3 § 3 D. h. t.), bewies, dass eine weitergehende Reform nothwendig war. So wurde denn das S. C. Macedonianum erlassen und dadurch zugleich den Hausvätern gegen ihre überschuldeten Söhne und deren Gläubiger ein Schutz gewährt.

Im Uebrigen ist zu bemerken, dass die ganze eben erörterte Frage nur von rechtsgeschichtlichem Interesse ist. Eine juristische Bedeutung kam ihr schon deswegen nicht zugeschrieben werden, weil das S. C. Macedonianum, welches nur eine Erweiterung der Bestimmung der lex Claudia ist, letztere gänzlich verdrängte.

Was die Interpretation des Wortlautes des Senatusconsultes anlangt, so ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Subject zu *praestaret* nicht *Macedo* ist, sondern ein hinzuzudenkendes *is*, auf welches sich der Relativsatz *qui – crederet* bezieht. Diese Interpretation macht durchaus keine Schwierigkeit, und wir sind gezwungen, sie als die allein richtige anzunehmen, weil sonst Macedo als der *foenerator* erscheinen würde, während er nach dem Berichte des Theophilus der *filiusfamilias* gewesen ist. Ersteres ist allerdings von einigen älteren Juristen behauptet worden, jedoch mit Unrecht (so von Cujacius, Donellus XII c. 24 §. 4, Fabrotus, Reitz a.a.O. p. 849, neuerdings wieder von Dietzel S. 70 Anm. 1); denn diese Ansicht widerspricht den Worten des Theophilus („Μακέδων τις … ὃς ὑπεξούσιος ὢν τῷ οἰκείῳ πατρί" κτλ.), welcher über den von Macedo verübten Vatermord ausführlich berichtet, ein Beweis, dass zu seiner Zeit über jenen Vorfall kein Zweifel herrschte. Jedenfalls ist das Zeugniss des Theophilus als Zeitgenossen Justinians schwererwiegend als die Meinungen späterer Glossatoren, und ein

triftiger Grund zur Verwerfung desselben liegt nicht vor. Auch aus sprachlichen Gründen ist die entgegengesetzte Ansicht nicht stichhaltig; denn aes alienum (wörtlich „fremdes Geld") kann nicht, wie die Vertreter derselben behaupten müssen, vom activen Darlehn des Gläubigers, sondern nur von der passiven Schuld des Schuldners gebraucht werden (vgl. Glück S. 307). So wird denn jetzt allgemein angenommen, dass Macedo der filiusfamilias gewesen sei (vgl. Glück S. 304, Schwanert S. 342 Anm. 2, Mandry S. 436, Ryck S. 94, Dückers S. 6.7., Seydel S. 3.4, Windscheid §. 373 Anm. 1).

Die Worte incerta nomina sind auf sehr verschiedne Weise erklärt worden (s. Glück S. 304, Dückers S. 8f., Seydel S. 5). Halten wir daran fest, dass seit der lex Claudia Darlehen auf die väterliche Erbschaft nicht mehr vorkommen durften, so müssen wir annehmen, dass der Senat die Schuldforderungen der Gläubiger nicht deswegen als nomina incerta bezeichnete, weil sie vor dem Tode des Hausvaters nicht geltend gemacht werden konnten (vgl. Windscheid §. 373 Anm. 1), sondern

weil das Vermögen der Hauskinder bei Lebzeiten des Gewalthabers zur Deckung jener Forderungen in der Regel nicht ausreichte, und auch der Hausvater subsidiär (nach dem Tode des Hauskindes während eines annus utilis) nur bis zum Belange des Peculiums haftete. Erst durch den Tod des Gewalthabers wurde das nomen incertum zu einem bonum nomen, da nunmehr der Schuldner als Erbe seines Vaters mit Erfolg vom Gläubiger belangt werden konnte.

Auch die Worte etiam post mortem cet. deuten nicht auf Darlehen in mortem parentum hin (vgl. dagegen Mandry S. 436), sondern sprechen nur aus, dass die Klage dem Gläubiger nicht nur durante potestate (denn während dieser Zeit wurde sie thatsächlich nicht angestellt), sondern auch nach dem Tode des Hausvaters, m. a. W. ein für allemal entzogen sein sollte. Diese Erklärung entspricht dem nunquam Suetons, welches er selbst mit den Worten erklärt: „hoc est ne post patrum quidem mortem."

Endlich werden die Worte actio petitioque gewöhnlich so erklärt, dass man unter actio jede persönliche,

unter petitio jede dingliche Klage zu verstehen habe (Donellus XII c. 25 §. 4, Glück S. 346, Ryck S. 102).

---

§. 3.

Aeussere Veranlassung, Grund und Zweck des SC. Macedonianum.

Die äussere Veranlassung zum SC. Macedonianum gab, wie wir bereits gesehen, der Vatermord, den ein gewisser Macedo verübte, um aus dem Nachlass seines Vaters den auf Rückzahlung des Darlehns dringenden Gläubiger zu befriedigen. Dies beweist wiederum, dass die Schuld des Macedo nicht eine Schuld in mortem patris war, sonst hätte der Schuldner den Eintritt des Rückzahlungstermins gewiss nicht selbst durch den Mord beschleunigt. Es ist nicht unwahrscheinlich, dass Macedo sich durch die Furcht vor der Klage des Gläubigers und der mit der Addiction des insolventen Schuldners verbundenen Infamie zum Vatermorde bewegen liess. Durch die lex Poetelia (327 a. Chr.) war die Personalexecution zwar beschränkt (s. Rudorff

I S. 47 und II S. 295. 296), aber nicht gänzlich aufgehoben worden. Vielmehr bestand sie neben der Realexecution fort, so dass der Gläubiger zwischen beiden die Wahl hatte (Kuntze S. 264. 265. 350). Erst seit der lex Julia iudiciaria, welche zur Zeit des SC. Macedonianum bereits galt, konnte der Schuldner die Personalexecution durch sog. cessio bonorum von sich abwenden (l. 1. C. qui bonis, 7, 71: „ne iudicati detrahantur in carcerem"). Es scheint aber, wie Dückers (S. 23) richtig ausführt, dass dieses beneficium den Hauskindern ursprünglich nicht gewährt wurde (s. l. 7 C. e. t.). Aber auch abgesehen davon, konnte der Gläubiger den überschuldeten filiusfamilias durch Drohungen und andere Mittel zum Vatermorde bewegen (Dückers S. 24; vgl. auch Ryck S. 94).

Der Grund, welcher den Senat zum Erlass des SC. Macedonianum bestimmte, ist unzweideutig im Wortlaute desselben zum Ausdruck gebracht. Er ist enthalten in den Worten: „Cum inter ceteras sceleris causas Macedo.... etiam aes alienum adhi-

buisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret qui pecuniam .... incertis nominibus crederet." In diesem Satze lassen sich zwei Motive unterscheiden, welche auf der Erwägung beruhen, dass 1. Darlehen Hauskinder zum Vatermorde verleiten und 2. ihnen zu schlechtem Lebenswandel Anlass geben. Sind dies die beiden Bestimmungsgründe des Senatusconsultes, so ist consequenterweise Zweck desselben Beseitigung jener verderblichen Wirkungen der Darlehen an Hauskinder. Da sich nun dieser Zweck nur mittelbar erreichen liess, nämlich dadurch, dass man die Quelle leichtsinniger Ueberschuldung und der damit verbundenen zerrüttenden Wirkungen auf die Familienverhältnisse verstopfte, so ergiebt sich als unmittelbarer Zweck des Senatsbeschlusses, die Aufnahme von Darlehen seitens der Hauskinder zu verhindern, was dadurch erreicht werden sollte, dass man den Gläubigern die Klage aus derartigen Darlehnsgeschäften entzog. Mit dieser Auffassung stimmen im Wesentlichen überein Unterholzner S. 147, Schwanert S. 342 Anm. 2

und S. 344, Mandry S. 439. Auch Theophilus drückt sich über den Zweck des SC. Macedonianum ähnlich aus. Die bezügliche Stelle lautet in Reitz'scher Uebersetzung: „Factum est autem SC. Macedonianum dictum.... ut hoc pacto quilibet sciens se debitum reposcere non posse mutuum illi dare caveat."

So klar dies auch aus dem Wortlaut des Senatsbeschlusses hervorzugehen scheint, so gehen doch die Ansichten über den Zweck desselben sehr auseinander. Dazu kommt, dass sie nicht bei allen Schriftstellern scharf genug präcisirt sind. Und doch ist die hier behandelte Frage nicht unwichtig. Denn der Zweck des Gesetzes ist zwar nicht die einzige Grundlage, auf die sich die Interpretation der römischen Juristen stützt; diese halten sich in erster Linie an den Wortlaut, den Buchstaben des Gesetzes, aber wo das letztere schweigt, müssen sie im Sinne des Gesetzgebers, nach der ratio senatusconsulti ihre Entscheidungen fällen. Die Erkenntniss dieses Grundgedankens ist somit der Schlüssel zum Verständniss der Quellenentscheidungen.

Ist nun die hier angegebene Tendenz des Senatsbeschlusses die richtige, so kann nicht Bestrafung der Wucherer, poena, odium creditorum, Zweck desselben sein. Zwar lässt es sich nicht leugnen, dass das Senatusconsult ein wenn auch indirectes Verbot von Gelddarlehen an Hauskinder enthält (vgl. l. 4 D. h. t. „vulgo dicitur filiisfamilias credi non licere") und dass somit die Entziehung der Klage füglich als Strafe wegen Zuwiderhandlung dem Willen des Gesetzgebers gegenüber aufgefasst werden kann (vgl. l. 9 § 4 D. h. t. „quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur;" s. auch l. 19 pr. l. 40 pr. D. de cond. ind. 12, 6). Diese Strafe ist jedoch nicht selbst Zweck des Gesetzes, sondern nur Mittel zur Erreichung des Zweckes.

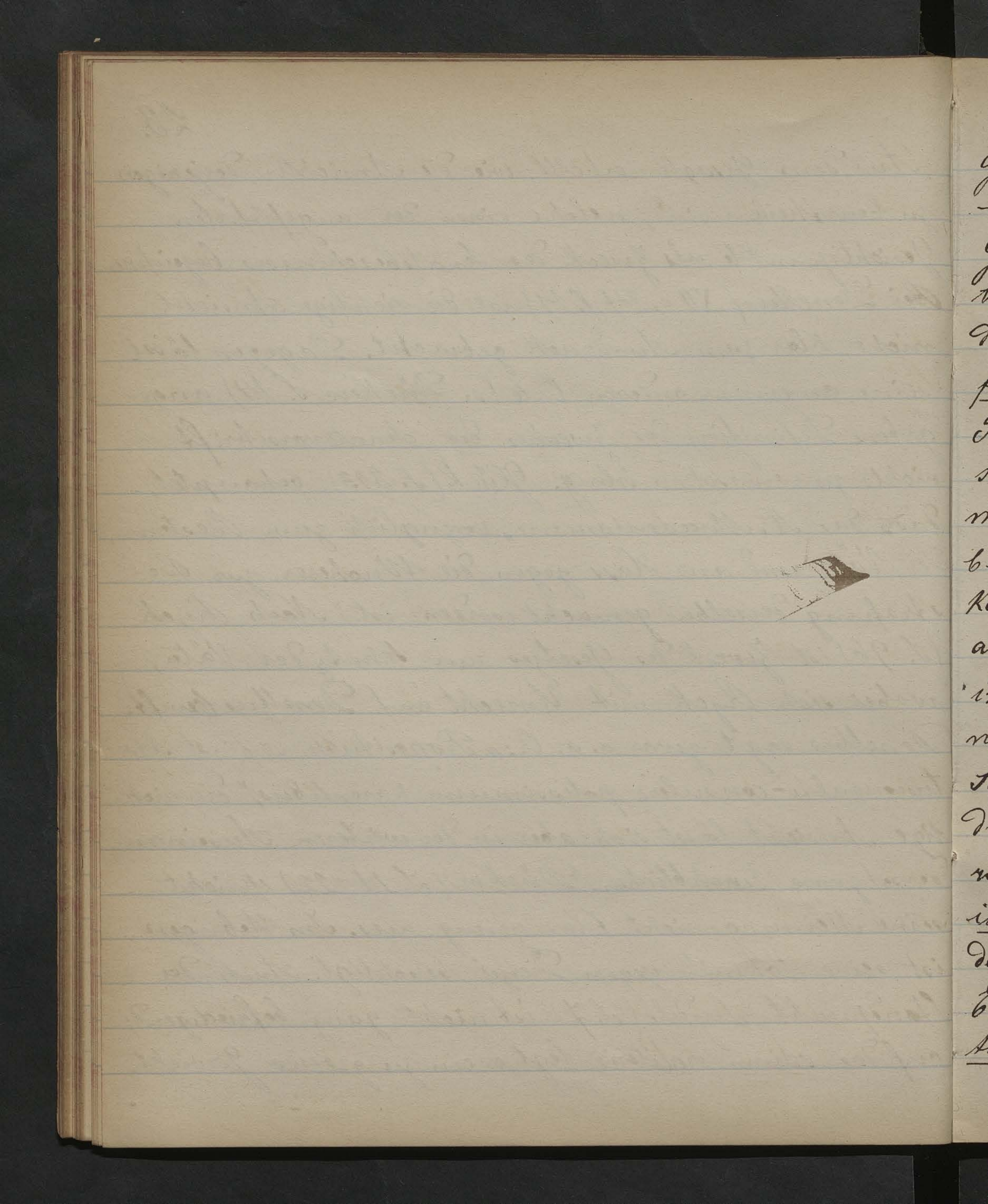
Ebensowenig ist Schutz der Hausväter einziger und unmittelbarer Zweck des Senatsbeschlusses. Mag die Gefährdung des Lebens der Hausväter immerhin ein Hauptmotiv zur Einführung desselben gewesen sein, das einzige Motiv ist sie nicht, weil das SC. Macedonianum neben demselben noch die verderbliche Wirkung der Gelddarlehen auf die Sittlichkeit der Haus-

Kinder als Bestimmungsgrund ausdrücklich bezeichnet. Dieser officiellen Aeusserung gegenüber haben die zur Begründung der entgegengesetzten Ansicht angeführten Quellenstellen (l. 3 §. 3 D. h. t. und §. 7 J. 4, 7) nur eine untergeordnete Bedeutung. Uebrigens ist in diesen Stellen ebensowenig wie bei Theophilus („Senatusconsultum haec sanciens ita legem fecit, quoniam filiifamilias aere alieno saepe onerati, quod aliunde acceptum luxuriose prodegerant, morum parentium vitae insidiabantur") der Schutz der Hausväter als einziger Zweck des Gesetzes bezeichnet.

Dass Schutz der Hauskinder durch den Senatsbeschluss nicht bezweckt war, ergiebt sich schon daraus, dass der Senat die damals so verwilderte römische Jugend durch einen solchen Schutz unmöglich noch zum Leichtsinn ermuthigen konnte. Auch sonst lässt sich im römischen Rechte die Tendenz nicht erblicken, Hauskinder als solche in Schutz zu nehmen. Während unmündige und minderjährige Personen sui iuris in ihren Tutoren bez. Curatoren rechtliche Vertreter hatten, war es Sache des paterfamilias für seine

Hauskinder zu sorgen. Es scheint fast, als wäre die entgegengesetzte Tendenz in dem System der actiones adiecticiae qualitatis documentirt; denn durch diese accessorischen prätorischen Klagen wurde die Realisirung der Forderungen Hauskindern gegenüber nur gesichert. Andrerseits ist nicht zu verkennen, dass den Hauskindern und ihren Vätern durch das S. Macedonianum ein vermögensrechtlicher Vortheil gewährt wurde, indem sie zur Rückzahlung des aufgenommenen Darlehns nicht angehalten werden konnten. Aber dieser Vortheil auf Kosten der Gläubiger war nur ein eventueller; der Senat erwartete, dass in Folge seines Beschlusses niemand mehr Hauskindern Gelddarlehen geben würde. Geschah dies aber dennoch, so war dieser Vortheil der Hauskinder ebensowie der processualische Schutz der exceptio senatusconsulti Macedoniani nur die nothwendige Folge der Klagentziehung. So sagt denn auch Ulpian (l. 9 §. 4 D. h. t.), dass es nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sei, den Hauskindern ihre Schulden zu erlassen („non quoniam exonerare eos lex voluit").

Aus dem Gesagten erhellt, wie die Ansichten derjenigen zu beurtheilen sind, welche einen der angeführten Gesichtspunkte als Zweck des Senatsbeschlusses bezeichnen. Bei Donellus (XII c. 24 § 14) ist die richtige Ansicht nicht klar zum Ausdruck gebracht. Dagegen lässt seine an einem anderen Orte (s. Dückers S. 14) angegebene Definition des Zweckes der Senatsvorschrift nichts zu wünschen übrig. Glück (S. 313) behauptet, dass das S. Macedonianum „vorzüglich zum Besten der Väter und aus Hass gegen die Wucherer zur Bestrafung derselben gemacht worden ist." Nach Ryck (S. 96) ist Zweck des Gesetzes nur Schutz der Väter, wobei sich Ryck mit Unrecht auf Donellus beruft. Donellus sagt zwar a. a. O.: „Propositum vero est Senatusconsulto consulere potissimum parentibus," die richtige Ansicht lässt sich aber in der weiteren Auseinandersetzung durchblicken. Dückers (S. 11–22) spricht seine Meinung nicht klar genug aus. Im Uebrigen ist seine Polemik gegen Dietzel berechtigt. Auch der Standpunkt Seydels (S. 7) ist nicht ganz befriedigend; auf das odium creditoris legt er ein zu grosses Gewicht.



Ganz eigenthümlich ist die Auffassung Dietzels (S. 18 – 21). Derselbe will von einem „criminal-politischen Gesichtspunkt" nichts wissen; nach ihm hat das Senatusconsult einen inneren, rechtlichen Grund, nämlich den, dass der Schuldner zur Zeit der Darlehnsaufnahme filiusfamilias und somit vermögensunfähig war. Für ihn ist nicht die Gefährlichkeit des Gelddarlehns, sondern lediglich das Interesse der Hauskinder und mittelbar der Hausväter massgebend. Dagegen ist zu bemerken, dass wir zur Erkenntniss des Grundgedankens des Senatsbeschlusses vor allen Dingen auf die authentische Motivirung des Senats angewiesen sind; in derselben ist aber jener rechtliche Grund auch nicht einmal angedeutet. Dieselben Gründe, welche das Senatusconsult einführten, müssen auch bei der Anwendung desselben für die Interpretation der römischen Juristen massgebend gewesen sein, da der Senatsbeschluss ius singulare und somit eine Aenderung der bestehenden Rechtsprincipien enthält. Wie das prätorische Edict quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur, wie Dietzel selbst (S. 14)

zugeben muss, auf einer Billigkeitsrücksicht beruht, so beruht das SC. Macedonianum auf einer politischen Rücksicht. In diesen Rücksichten also, nicht in einem rechtlichen Grund, ist der Grundgedanke, die ratio des Gesetzes zu suchen. Im Uebrigen verweise ich auf Mandry (S. 437. 438) und Dückers (S. 15–22).

II. Voraussetzungen der Anwendbarkeit des SC. Macedonianum.

§. 4.

Uebersicht.

Inwieweit das SC. Macedonianum Anwendung finde, ergiebt sich theils aus dem Wortlaute desselben, theils aus der Interpretation der späteren Juristen. Diese Interpretation ist bald eine restrictive, bald eine extensive, je nachdem dies der ratio des Gesetzes entspricht. In gewissen Fällen liess man das Senatusconsult cessiren (cessat senatusconsultum), und insofern redet man von Ausnahmen vom Darlehnsverbot. Da indess diese Ausnahmen im Sinne des Gesetzes statuirt worden sind, so wollen wir im Folgen-

den nur von den Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Senatsbeschlusses reden. Diese Voraussetzungen sind nun folgende. Ein Darlehn contra senatusconsultum liegt nur vor, wenn:

1. der Darlehnsempfänger sich zur Zeit der Darlehnsaufnahme in väterlicher Gewalt befand;

2. das Darlehn Gelddarlehn ist;

3. der Darlehnsempfänger ohne Zustimmung des Gewalthabers das Darlehn empfing und letzteres nicht dem Gewalthaber zu Gute kam (in rem patris vertirt ist); endlich

4. der Gläubiger wusste oder wissen musste, dass der Empfänger ein filiusfamilias sei, und überhaupt das Nichtvorhandensein von Thatumständen, welche das Senatusconsult cessiren lassen, kannte oder kennen musste.

Dass diese Voraussetzungen sämmtlich auf der ratio senatusconsulti beruhen, werde ich in jedem einzelnen Falle zu beweisen suchen. Im folgenden Paragraphen wird auch von dem Falle die Rede sein, wo das Hauskind Inhaber eines peculium castrense ist.

§. 5.

Hauskindeigenschaft des Darlehnsempfängers.

Während es im Allgemeinen für die Anwendung des SC. Macedonianum irrelevant ist, wer dem Hauskinde ein Darlehn giebt,*) und die Senatsvorschrift nach einem Rescript des Septimius Severus und Caracallas auch dann Platz greift, wenn der Gläubiger eine juristische Person (Gemeinde, civitas) ist (s. l. 15. D. h. t. und Dückers S. 29), bezieht sich das Darlehnsverbot nur auf den filiusfamilias als Darlehnsempfänger.

---

*) Hiervon werden folgende Fälle ausgenommen:
1. Wenn der Gläubiger ein pupillus ist; da Unmündige ohne Mitwirkung ihrer Tutoren sich überhaupt nicht giltig verpflichten und nicht veräussern können, so kommt hier ein Darlehn gar nicht zu Stande. Der pupillus kann die gegebenen Geldstücke vindiciren.
2. Ist der Gläubiger ein Minderjähriger, so gewährt ihm der Prätor Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn das Hauskind grossjährig ist (l. 11 §. 7 D. de min. 4, 4: „ut magis aetatis ratio quam senatusconsulti

Die Frage, ob eine Person selbständig oder gewaltunterworfen, beantwortet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Aufhebung der väterlichen Gewalt. Als selbständig gelten somit folgende Personen: Emancipirte, Kinder von Deportirten (§. 1 J. quib. mod. ius pot. solv. 1,12), zu einer Kapitalstrafe Verurtheilten (servi poenae §. 3 J. ibid.), überhaupt solche und Kinder von solchen, welche durch Verlust der Freiheit oder der Civität die capitis diminutio maxima oder media erleiden (s. Salkowski §. 46. II. b. vgl. mit §. 49. II), endlich die Kinder derjenigen, welche zur Strafe die väterliche Gewalt verwirkt haben (Salkowski §. 46. II. d.). Für die Hauskindeigenschaft des filiusfamilias ist der Zeitpunkt

---

habeatur"). 3. Sind Gläubiger und Schuldner minderjährig so gilt der Satz: „melior est causa consumentis," ausser wenn der Schuldner zur Zeit der Litiscontestation aus dem Darlehn bereichert ist: l. 34 pr. D. de min. 4,4. 4. Sind Gläubiger und Schuldner Hauskinder, so kommt kein Darlehn zu Stande und steht dem Gewalthaber des Gläubigers die vindicatio nummorum zu: l. 3 §. 2 D. h. t.

der Darlehnsaufnahme massgebend (l. 1 §. 2 D. h. t. „fuit enim filiusfamilias"). Daher greift der Senatsbeschluss nicht Platz, wenn jemand mit einem Hauskinde über ein künftig zu gebendes Darlehn eine Stipulation abschliesst und ihm das Geld creditirt, nachdem es selbständig geworden (l. 3 §. 4 D. h. t. „quia mutua iam patri familias data est"),*) wohl aber im umgekehrten Falle: l. 6 D. h. t. vgl. unten die Anm. auf S. 51.

Ein Wechsel in der Person des Gewalthabers ist einflusslos: l. 7 §. 4 D. h. t. Wenn es unentschieden ist, ob eine Person in väterlicher Gewalt stehe oder nicht, weil ihr Vater sich in feindlicher Gefangenschaft befindet, so ist es auch unentschieden, ob die von derselben aufgenommenen Gelddarlehen unter das Verbot

---

*) Daher haftet auch in diesem Falle der Empfänger in solidum, nicht in id quod facere potest, m. a. W. das beneficium competentiae, welches ihm unter Umständen zustehen würde (s. l. 2 D. quod cum eo 14, 5), wenn das Darlehn durante potestate entstanden wäre, steht ihm nicht zu: l. 5 D. h. t.

der Senatsvorschrift fallen. Daher wird dem Gläubiger einstweilen die Darlehnsklage versagt. Erst durch die Rückkehr des Vaters aus der Gefangenschaft oder durch seinen in derselben erfolgten Tod wird jener Zweifel gehoben. In ersteren Fall greift das Senatusconsult Platz, da der zurückkehrende Vater iure postliminii alle seine suspendirten Rechte wiedererlangt, und fingirt wird, dass seine Kinder auch während der Dauer der Gefangenschaft sich in seiner Gewalt befunden haben. In letzteren Fall findet der Senatsbeschluss keine Anwendung, da nach der fictio legis Corneliae angenommen wird, der Tod sei bereits zur Zeit der Gefangennehmung erfolgt: s. l. 1 §. 12. h. t. vergl. mit l. 12 §. 12. de captivis 49, 15.

Als Hauskinder im Sinne des SC. Macedonianum gelten alle gewaltunterworfenen Personen, ohne Rücksicht auf natürliche Verwandtschaft, Gradesnähe der Agnation, Geschlecht, Alter und Lebensstellung. Dies bedarf keiner weiteren Begründung, da der Senatsbeschluss keine Einschränkungen enthält und Adoptirte auch sonst den filiifamilias gleichstehen.

Die Anwendung der Senatsvorschrift auf Personen weiblichen Geschlechts beruht auf der Interpretationsregel, dass der allgemeine Ausdruck filius auch die filia umfasse (s. l. 84, l. 195 pr., l. 201 D. de V. S. 50,16). Uebrigens entspricht die ausgedehnte Anwendung des Senatsbeschlusses der Tendenz desselben, da in allen angeführten Fällen dieselben verderblichen Wirkungen des Gelddarlehns zu befürchten waren. Im Einzelnen ist zu bemerken:

Als Hauskinder gelten nicht blass leibliche, sondern auch Adoptivkinder, sofern sie in der Gewalt ihres Adoptivvaters stehen. Die l. 1 §. 2 D. h. t. spricht zwar nur von Arrogirten, doch lässt sich die daselbst enthaltene Entscheidung unbedenklich auf alle Adoptirten ausdehnen, da auch die Adoption väterliche Gewalt begründet. Als Gewalthaber im Sinne des SC. Macedonianum gilt daher auch der Adoptivvater. Eine meines Wissens bisher unerörtert gebliebene Frage ist, wie es sich im Falle der seit Justinian (a. 530) aufgekommenen sog. adoptio minus plena verhalte. Da diese Art der Adoption

die väterliche Gewalt des *pater naturalis* bestehen lässt, so gilt dieser als Gewalthaber, was für den Fall der väterlichen Einwilligung in die Darlehnsaufnahme von Bedeutung ist (s. l. 10 C. de adopt. 8, 47; vgl. §. 7). Nach dem Tode des *pater naturalis* wird der Adoptirte *sui iuris*, und findet auf ihn die Senatsvorschrift keine Anwendung (vgl. Arndts §. 425 a. E.).

Die Gradesnähe der Agnation ist gleichfalls irrelevant. Auch der in der Gewalt des Grossvaters oder Urgrossvaters stehende Enkel oder Urenkel gilt als *filiusfamilias* (l. 14 D. h. t., l. 6 §. 1 C. h. t., §. 7 J. quod cum eo 4, 7). Abgesehen von den Entscheidungen der römischen Juristen, welche dies ausdrücklich bestätigen, lässt sich dies schon aus dem Wortlaute des Senatsbeschlusses herleiten, da daselbst nicht vom *pater*, sondern vom *parens* die Rede ist (s. Donellus XII c. 24 §. 9, Dückers S. 26 und l. 51 D. de V. S. 50, 16), und entspricht der Interpretationsregel, wonach unter *filiusfamilias* auch der *nepos* zu verstehen ist (l. 201 D. ibid.).

Dem *filiusfamilias*, *nepos*, *pronepos* steht gleich

die filia, neptis, proneptis (l. 9 §. 2 D. h. t., §. 7 J. cit.); nach Ulpians Auffassung ist sogar das Darlehngeben an gewaltunterworfene Frauenspersonen noch strafwürdiger als die mutui datio an einen filiusfamilias.

Fraglich ist, ob zur Zeit des SC. Macedonianum die Manusehe noch üblich war und, wenn dies der Fall, die Senatsvorschrift auch auf die uxor in manu, welche bekanntlich der filia gleichgeachtet wurde, Anwendung fand. Diese Frage würde zu bejahen sein, da zwischen den rechtlichen Wirkungen der Manus und denen der väterlichen Gewalt kein wesentlicher Unterschied bestand. Die Quellen erwähnen die uxor in manu nicht, weil in der classischen Zeit die Manusehe längst verschwunden war.

Grossjährigkeit schliesst die Anwendbarkeit des Senatsbeschlusses nicht aus. Nach Windscheid (§. 373 Anm. 4) ist derselbe „vorzugsweise auf Grossjährige berechnet, da von Darlehen an Minderjährige schon die Furcht vor der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand abhalten wird" (s. Seydel S. 10). Aus l. 16 pr. D. de min. 4, 4 geht jedoch hervor, dass minderjährige Hauskinder bezüglich

der unter das Verbot des Senatsbeschlusses fallenden Darlehnscontracte auf Restitution keinen Anspruch haben. Es heisst da: „nam si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium." Wenn dennoch in den Quellen von einer Restitution der Hauskinder bei Darlehnscontracten die Rede ist, so sind unter letzteren nur solche zu verstehen, welche nicht unter das Verbot des Senatusconsultes fallen. Diese Ansicht wird durch l. 1 C. de filio fam. min. 2, 22 bestätigt, welche lautet: „Si frater tuus, cum mutuam pecuniam acciperet, in patris fuit potestate nec iussu eius (s. l. 3 §. 4 D. 4, 4) nec contra senatusconsultum contractum est, propter lubricum aetatis adversus eam cautionem in integrum restitutionem potuit postulare."

Somit relevirt für die Anwendbarkeit des Senatsbeschlusses lediglich die Hauskindeigenschaft des Darlehnsempfängers.

Aus l. 1 §. 3. D. h. t. ergiebt sich, dass auch die dignitas, die Lebensstellung, des filiusfamilias an sich für die Anwendung der Senatsvorschrift nicht in Betracht kommt,

(vgl. §. 4 I. 1, 12), sofern sie nicht zugleich die väterliche Gewalt aufhebt. In letzterer Beziehung gelten nach römischem Rechte als selbständig der _flamen Dialis_, die _virgo Vestalis_ (Gaius I §. 130), seit Justinian Bischöfe (Nov. 81 cap. 3), Consuln, _praefecti praetorio_ und römische Stadtpräfecten, _magistri militum_ (Nov. 81 cap. 1), _patricii_ (l. 5 C. de consulibus 12, 3), _decuriones_ (Nov. 70): vgl. Dückers S. 27, Glück S. 309.

Dagegen ist derjenige Haussohn, welcher ein _peculium castrense_ hat, bezüglich der Anwendbarkeit des Senatsbeschlusses dem _paterfamilias_ gleichgestellt. Ihm dürfen Darlehen gegeben werden u. zw. vielleicht schon vor, jedenfalls aber seit der Constitution Justinians (s. l. 7 §. 1 C. h. t.) nicht nothwendig für das _peculium castrense_ (s. Arndts §. 282 Anm. 3 a); Unterholzner §. 73 Anm. a); Dückers S. 117, Seydel S. 12. 15. 16). Das Senatusconsult cessirt aber nur _usque ad quantitatem castrensis peculii_, d. h. das Darlehn ist nur insoweit ein erlaubtes und klagbares, als es den Werth des Sonderguts nicht übersteigt (Dueckers S. 116), und der Schuldner haftet nur bis zum Belange desselben (l. 1 §. 3, l. 2 D. h. t.). Dagegen ist es

selbstverständlich, dass der Vater aus einem solchen Darlehn nicht haftet. Wird er dennoch belangt, so kann er die exceptio doli vorschützen, nicht aber die exceptio SC. Macedoniani, wie Glück (S. 349) anzunehmen scheint.

Die Nichtanwendung der Senatsvorschrift in diesem Falle ist leicht erklärlich, wenn man bedenkt, dass der Inhaber eines peculium castrense überhaupt in Bezug auf dasselbe als selbständig gilt und kein Grund vorliegt, weshalb von diesem allgemeinen Princip hier eine Ausnahme statuirt werden sollte. Dadurch, dass die Haftung des Sohnes auf den Betrag des Sonderguts beschränkt ist, wird die dem Hausvater drohende Gefahr beseitigt.

Es fragt sich aber, wann der filiusfamilias das pec. castrense haben müsse, wenn der Senatsbeschluss ausgeschlossen sein soll, ob zur Zeit der Darlehnsaufnahme oder zur Zeit der Klaganstellung. Diese Frage lässt sich im Sinne der Senatsvorschrift und analog der Interpretation Ulpians l. 1 §. 2 und l. 3 §. 4 D. h. t. dahin beantworten, dass lediglich der Zeitpunkt der Darlehnsaufnahme entscheidend ist. Nach l. 2 D. h. t. gilt der filiusfamilias in Bezug auf das pec. castrense als paterfamilias; nur

weil er als solcher gilt, bleibt das Senatusconsult ausser Anwendung. Hat er also zur Zeit der Darlehnsaufnahme kein pec. castrense gehabt, so ist das Darlehn einem Haussohne gegeben worden und fällt somit unter das Verbot des Senatsbeschlusses, ebensogut wie es dann als ein verbotenes gilt, wenn ein Adoptirter ein Darlehn empfangen und nach seiner Emancipation belangt wird (l. 1 §. 2 cit.). Dies ist auch die herrschende Meinung (Arndts §. 282 Anm. 3a), Ryck S. 100 f., Dückers S. 116, Seydel S. 12). Windscheid (§. 373 Anm. 6 Nr. 2) bezeichnet den Zeitpunkt der Darlehnsaufnahme als entscheidend; nach ihm ist jedoch das Darlehn schon dann als ein erlaubtes anzusehen, wenn der Haussohn zu dieser Zeit Soldat, auch ohne pec. castrense, war; so auch Dietzel S. 24.

Dass der aus dem Darlehn belangte filiusfamilias in solidum haftet, wenn das pec. castrense sowohl zur Zeit der Darlehnsaufnahme als auch zur Zeit der Belangung die Forderung des Gläubigers zu decken vermag, liegt auf der Hand. Dagegen lässt sich aus l. 2 D. h. t. nicht mit Bestimmtheit folgern, dass er nur bis zum Belange des Sondergutes hafte, wenn das Darlehn zur Zeit der Dar-

lehnsaufnahme den Werth des pec. castrense nicht überstieg, dagegen zur Zeit der Klaganstellung das Sondergut zur Deckung der Darlehnsschuld nicht mehr ausreicht. Indessen wird man die Worte: „SC. cessabit usque ad quantitatem castrensis peculii" doch in diesem Sinne verstehen müssen, da eine unbedingte solidarische Haftung des Haussohnes der ratio senatusconsulti widersprechen würde. Haben doch Soldaten überhaupt das beneficium competentiae (l. 6, l. 18 D. de re iud. 42, 1) vgl. Windscheid §. 373 Anm. 6 Nr. 2. Es folgt, dass der Haussohn nie haftet, wenn er zur Zeit der Belangung kein Sondergut mehr hat. Diese Frage wird merkwürdigerweise nur von Ryck erörtert, welcher sich dafür entscheidet, dass der Betrag des pec. castrense zur Zeit der Anstellung der actio iudicati berechnet werde.

Sehr bestritten ist, wie die l. 7 §. 1 C. h. t.*) zu verstehen sei. In derselben ist bloss vom filiusfamilias miles die Rede ohne Rücksicht darauf, ob er ein pec. castrense habe oder nicht. Es ist jedoch nicht wahrscheinlich, dass Justinian durch diese Constitution eine Neuerung habe einführen wollen. Ebensogut wie er in l. 7 pr. nur

*) „Sin autem miles filius familias pecuniam creditam acceperit, ... stare oportet contractum."

insofern etwas Neues bestimmt, als er dem Consens des Gewalthabers die nachträgliche Ratihabition gleichstellt, im Uebrigen aber an den bestehenden Principien nichts ändert, so will er auch in §. 1 cit. eine Aenderung derselben nicht statuiren. Wenn man ferner erwägt, dass in §. 1 cit. eine bei weitem wichtigere Bestimmung enthalten wäre, wenn Justinian in demselben die betreffende Aenderung aussprechen wollte, so bleibt es unerklärlich, dass er dies erst in zweiter Linie erwähnt ohne jeden Zusatz, dass diese Bestimmung dem bisherigen Recht widerspreche, was er schon in l. 7 pr. und sonst hervorzuheben pflegt. Wie Windscheid (Anm. 6 Nr. 1) richtig bemerkt, erinnern die Worte des §. 1 cit.: „in pluribus enim iuris articulis filii familias milites non absimiles videntur hominibus qui sui iuris sunt" an l. 2 D. h. t. „cum filiifamilias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur," und es ist ferner auch richtig, dass gewaltunterworfene Soldaten nur in Bezug auf das pec. castrense wie selbständige Personen behandelt werden. Denn ihre übrigen Privilegien (beneficium competentiae, Verbot gewisser Bürg-

schaften, Unfähigkeit zur Vormundschaft, Giltigkeit ihrer Testamente gegenüber der querela inofficiosi testamenti, grössere Freiheit in Bezug auf die Testirungsform und die Privilegien bezüglich der Pupillarsubstitution) haben mit der Selbständigkeit nichts zu thun. Nur insofern ein filiusfamilias über sein pec. castrense frei verfügen kann, ist er einem paterfamilias gleichgestellt. Wenn man endlich bedenkt, dass alle Soldaten, also auch filiifamilias milites, ganz allgemein das beneficium competentiae geniessen, während ein solches anderen Hauskindern nicht zusteht, *) so würde einerseits hierin eine Bevorzugung, andrerseits aber in der angeblichen Bestimmung Justinians eine Benachtheiligung derselben vor den Nichtsoldaten enthalten sein, eine Inconsequenz die ganz undenkbar ist. Mit

---

*) Selbst die cessio bonorum, welche das beneficium competentiae allen gewährte, scheint damals den Hauskindern noch nicht gestattet gewesen zu sein (vgl. ob. §. 3 S. 17). Die l. 7 C. h. t. ist aus dem Jahre 530, die l. 7 C. qui bonis 7, 71 dagegen aus dem Jahre 531.

Recht nennt daher Puchta (§. 306 not. t.) eine derartige Bestimmung „ein privilegium odiosum militum, welches alle Wahrscheinlichkeit gegen sich hat" (a. M. Arndts §. 282 Anm. 2e). Nichtsdestoweniger geht eine sehr verbreitete Ansicht dahin, dass in der angeführten Constitution Justinians eine vom bisherigen Recht abweichende Bestimmung enthalten sei (so Donellus XII c. 24 §. 10, Glück S. 351 Nr. 1, Arndts §. 282 Anm. 2e), Ryck S. 113, Dückers S. 118; dagegen Windscheid a. a. O., Puchta a. a. O., Unterholzner §. 73. A., Sintenis S. 522 f., Seydel S. 13 f.). Dietzel (S. 25 f.) erblickt in der l. 7 cit. keine Singularität, sondern „nur das Princip, dass das Senatusconsult nicht gelte, sobald ein Hauskind als Soldat geborgt hat, weil er als Soldat wie paterfamilias gilt," lässt aber den filiusfamilias miles nur dann haften, wenn und soweit ein castrense pec. vorhanden.

Fassen wir das bisher Gesagte zusammen, so ergiebt sich, dass alle Hauskinder, welche zur Zeit der Darlehnsaufnahme ein pec. castrense besitzen, und nur insoweit sie ein solches besitzen, wegen Darlehnsschulden bis zum Belange desselben haften, ohne Rücksicht darauf, zu wel-

chem Zweck das Darlehn ihnen gegeben wurde.

Ob auch bezüglich des pec. quasi castrense die Senatsvorschrift cessire, ist in den Quellen nicht ausgesprochen. Dass dieses Peculium schon zur Zeit Ulpians bekannt war, beweisen diejenigen Digestenstellen, welche dasselbe erwähnen und sämmtlich von Ulpian sind (sie sind von Windscheid §. 516 Anm. 2 zusammengestellt), und Ulpian ist es ja auch, der die Lehre vom S. Macedonianum in den Digesten am ausführlichsten behandelt. Merkwürdig bleibt es immerhin, dass er in l. 1 §. 3 D. h. t. vom pec. quasi castrense nicht spricht. Vielleicht lässt sich diese Schwierigkeit so lösen, dass man annimmt, Ulpian verstehe unter dem peculium quasi castrense das pec. castrense eines paganus, z. B. eines gewesenen Soldaten, von welchem bezüglich der Anwendbarkeit des Senatsbeschlusses nichts Besonderes gilt (s. Dückers S. 117). Erst unter Constantin kam das eigentliche peculium quasi castrense auf. Unter diesen Umständen kann es nicht Wunder nehmen, dass die früheren Juristen die Frage nach der Anwendbarkeit der Senatsvorschrift beim pec. quasi castrense nicht erörtern. Da jedoch letzteres

dem castrense peculium völlig gleichgestellt wurde, so muss man annehmen, dass bezüglich desselben die Senatsvorschrift gleichfalls cessirt, m. a. W. dass alles, was hier vom pec. castrense gilt, auch gilt vom pec. quasi castrense. Dahin geht auch die herrschende Meinung (Donellus XII c. 24 §. 11, Glück S. 349, Arndts §. 282 Anm. 3. a), Schwanert S. 344, Unterholzner §. 73 Anm. a), Ryck S. 100, Sintenis §. 108 Anm. 48, Dietzel S. 151, Dückers S. 119, Seydel S. 14, Windscheid §. 373 Anm. 6 Nr. 3). Dückers stellt wegen seiner abweichenden Erklärung der l. 7 §. 1 C. h. t. das pec. quasi castrense nur dem pec. castrense pagani gleich. Windscheid will das Darlehnsverbot des Senatusconsultes bei Geschenken des Landesherrn oder seiner Gemahlin (und ebenso in den ausserordentlichen Fällen des pec. adventicium irregulare) nur dann ausgeschlossen wissen, wenn ein derartiger Erwerb zur Zeit der Darlehnsaufnahme wirklich vorhanden ist. Da, wie wir oben gesehen, dieses Erforderniss bei jedem pec. castrense besteht, so gilt von solchen Geschenken nichts Besonderes.

Es erübrigt uns noch, zu untersuchen, welche Stellung

das pec. adventicium irregulare und regulare zum Senatusconsult einnehmen. Weder für das eine noch für das andere haben wir Quellenentscheidungen, doch wird allgemein angenommen, dass das erstere dem pec. castrense und quasi castrense bezüglich der Anwendbarkeit der Senatsvorschrift gleichzustellen sei. Dass dies der ratio senatusconsulti entspreche, lässt sich nicht leugnen; zwar galt das Hauskind in Bezug auf dieses Peculium nicht als paterfamilias, es hatte jedoch an demselben freie Verfügung und Nutzniessung (s. Arndts §. 434). Insofern, aber auch nur insofern, besteht zwischen demselben und dem pec. quasi castrense kein Unterschied. (so Glück, Unterholzner, Sintenis, Schwanert, Ryck S. 101, Dückers S. 120, Dietzel S. 151, Windscheid a. a. O. und wohl auch Donellus, wie sich aus XII c. 28 §. 14 schliessen lässt). Mit Recht hebt Schwanert hervor, dass die Realisation der Schuld für den Vater des Inhabers eines solchen Peculiums ohne Gefahr war, und dass das Senatusconsult Schutz der Hauskinder nicht bezweckte. Man darf nicht vergessen, dass auch hier dieselben Beschränkungen gelten wie beim pec. castrense, wodurch

etwaige Einwände entkräftet werden. Seydel (S. 14f.) will sich dieser Meinung nicht anschliessen, weil das Hauskind über das pec. adventicium irregulare nicht letztwillig verfügen könne. Dagegen bemerkt mit Recht Ryck (S. 101 Anm. 25), dass seine Dispositionsfähigkeit unter Lebenden zur Ausschliessung des Senatsbeschlusses genüge und letzterer nicht die Tendenz habe, dem Vater die Erbschaft des Sohnes zu sichern.

Dagegen giebt es einen Fall des pec. adv. irregulare, von welchem das Gesagte nicht ohne Weiteres gelten kann, nämlich den Fall der Nov. 117 cap. 1. Es handelt sich da um eine Zuwendung an ein Hauskind durch eine dritte Person, welcher es ganz frei steht, ob sie dem Vater Verwaltung oder Nutzgenuss an dem zugewendeten Gute gewähren will oder nicht. Hier muss man unterscheiden. Hat das Kind ausschliesslich Verwaltung und Niessnutzung, so gilt das vom pec. adv. extraordinarium überhaupt Gesagte. Hat dagegen der Vater den Genuss, das Kind aber die Verwaltung (s. Arndts §. 434), so findet die Senatsvorschrift Anwendung, da das Kind das Genussrecht des Vaters nicht schmälern

und somit keine Veräusserungen vornehmen darf (l. 8 §. 5 a Cod. de bon., quae lib. in pot. const. 6, 61). Ebenso muss der Senatsbeschluss Platz greifen, wenn der Vater oder ein Vormund die Verwaltung, das Kind nur den Genuss hat, da in diesem Falle die Veräusserungen des Kindes nichtig sind. Es ist jedoch zu bemerken, dass das Kind kraft seines Genussrechtes an den Früchten und Zinsen des Peculiums Eigenthum erwirbt und über dieselben wohl auch frei verfügen kann. Soweit die Früchte reichen, wird es daher giltig Darlehen empfangen können und bis zum Belange derselben haften müssen.

Da beim pec. adventicium regulare nicht nur das Genuss-, sondern auch das Verwaltungsrecht dem Vater zusteht, so ist dasselbe vom pec. adv. irregulare wesentlich verschieden und muss bezüglich desselben die Senatsvorschrift Platz greifen. Dietzel ist wohl der einzige, welcher letzteres leugnet u. zw. aus dem Grunde, weil das pec. adv. regulare Eigenthum des Hauskindes ist. „Aber es liegt auf der Hand" – sagt Windscheid (§. 373 Anm. 6. Nr. 4) – „dass die Aussicht auf Befriedigung

für den Darlehnsgeber eine gleich unsichere ist, mag der Empfänger erwerbunfähig oder mag er dispositionsunfähig sein." Die Ausschliessung der Senatsvorschrift in diesem Falle würde das Creditiren expectata patris morte ermöglichen, widerspricht somit der ratio senatusconsulti (vgl. Schwanert S. 344 Anm. 12).

Schliesslich ist noch zu bemerken, dass in denjenigen Fällen, in denen es zweifelhaft ist, wie ein Peculium anzusehen sei (s. z. B. Arndts §. 432 Anm. 1 und §. 434 Anm. 1), die Anwendbarkeit des Senatsbeschlusses von der Richtigkeit der Meinung über die Qualität des Sondergutes abhängt, wobei auch die Tendenz der Senatsvorschrift in's Auge zu fassen ist.

---

§. 6.

Das Darlehn contra SC. Macedonianum.

Stillschweigende Voraussetzung der Anwendbarkeit der Senatsvorschrift ist, dass ein wirkliches Darlehn vorliege, dass also der Gläubiger sein Eigenthum an dem Gelde auf den Schuldner übertragen könne. Daher cessirt das Senatusconsult, wenn eine Eigenthumsübertragung

wegen Unmündigkeit oder Hauskindeigenschaft des Darleihers (s. l. 3 §. 2 D. h. t.) nicht stattfindet, und kann der pupillus bez. der Hausvater des darleihenden Hauskindes die noch vorhandenen Geldstücke vindiciren. Der Mangel des Eigenthumsübergangs wird nach Puchta (§. 304) durch nachherige Consumtion seitens des Empfängers gehoben und letzterer dadurch der Darlehnsklage ausgesetzt. Nach Dückers, welcher diese Frage (im §. 22) sehr gründlich erörtert, haben unmündige und gewaltunterworfene Darleiher im Falle der Consumtion die actio ad exhibendum oder die condictio sine causa, je nachdem dieselbe mala oder bona fide erfolgte (S. 138 f.), ebenso der minderjährige Darleiher, welcher ohne Consens des Curators einem Hauskind Geld geliehen (S. 140). Liegt Consens des Curators vor oder hatte der Minor keinen Curator, so entsteht ein wirkliches Darlehn, welches dem Hauskinde gegenüber nicht klagbar ist, ausser wenn error iuris oder error facti auf Seiten des minderjährigen Darleihers vorlag. Auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat der Minor nur dann Anspruch, wenn er bei der Hingabe des Darlehns nicht dolos handelte

(vgl. oben die Anm. auf S. 27 und unten S. 87 f.): vgl. Glück S. 352 Nr. 3, Unterholzner §. 73 B. Anm. b. und Nr. 4, Ryck S. 101 f., Sintenis S. 523 Z. 3. 9, Anm. 42 und 49. S. auch §. ult. I. quib. ~~alien.~~ licet 2,8 und l. 3 C. de i. i. r. 2,21.

Das Verbot des Senatsbeschlusses bezieht sich nicht auf alle Darlehen, sondern nur auf Gelddarlehen (l. 7 §. 3 D. h. t.). Mag diese Beschränkung schon in den Worten des Senatusconsultes <u>mutua pecunia</u> enthalten sein oder nicht (vgl. Dückers S. 29 f.), jedenfalls steht fest, dass diese Worte nur in dem angegebenen Sinne interpretiert wurden, weil nur das Geld als das allgemeine Tauschmittel in den Händen leichtsinniger Hauskinder als gefährlich erschien. Es ist zwar nicht undenkbar, dass auch andere vertretbare Sachen ein Mittel zur Ausschweifung gewähren können; indessen kommen derartige Darlehen von Fungibilien selten vor; sie unterscheiden sich factisch nicht von Kaufcontracten, bei welchen der Verkäufer den Kaufpreis creditirt (darüber weiter unten), und es ist auch nicht anzunehmen, dass sie für das Leben des Gewalthabers eine Gefahr mit sich

bringen. So sagt denn auch Ulpian, indem er die Worte des Senatsbeschlusses interpretirt: „sed verba videntur mihi ad numeratam pecuniam referri."

Aber auch nicht alle Gelddarlehen an Hauskinder gelten nach der Senatsvorschrift als verboten, sondern nur solche, bei denen eine numeratio pecuniae vorliegt, d. h. bei denen das Hauskind baares Geld erhält. Der Senatsbeschluss versagt die Klage nur demjenigen, „qui mutuam pecuniam dedisset," und im Anschluss an diese Worte sagt Ulpian ausdrücklich: „nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est" (l. 3 §. 3 D. h. t. vgl. l. 4 D. ibid.). Es folgt, dass das blosse Creditiren desjenigen, was ein Hauskind auf Grund eines Kaufes oder eines anderen Contractes schuldet, nicht unter das Verbot des Senatsbeschlusses fällt (l. 3 §. 3 cit.). Selbst Stipulation *) ist gestattet (l. 3 C. h. t.),

---

*) Mit dem Darlehnscontract wurde häufig Stipulation verbunden. Dann gilt die Regel: „quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum" (l. 126 §. 2 D. de V. O. 45, 1). Selbstverständlich steht auch der condictio certi

insbesondere auch die blosse *stipulatio de mutuo reddendo*,*) wenn keine *numeratio pecuniae* an ein Hauskind vorliegt (l. 3 §. 4, l. 6 D. h. t.), und überhaupt alle Contracte, welche nicht Darlehen sind, wie Bürgschaft eines

---

ex stipulatu die *exceptio senatusconsulti* entgegen, wenn Geldzahlung der Stipulation vorausgeht oder nachfolgt. Dagegen begründet die blosse Stipulation an und für sich noch nicht die Anwendbarkeit des Senatsbeschlusses; daher cessirt derselbe, im Falle der l. 3 C. h. t., weil keine *numeratio pecuniae* vorliegt, wenngleich man hier von einer *mutua pecunia* reden könnte (l. 3 §. 3 D. h. t.: „licet coeperit esse mutua pecunia" vgl. Ryck S. 99 Anm. 22).

*) So verstehe ich mit Mandry (S. 443) die l. 3 §. 4 cit. und l. 6 cit. (vgl. l. 30 D. de reb. cred. 12, 1). Donellus (XII c. 24 §. 20) spricht von einem Darlehnsversprechen und darauf folgender *numeratio*, also von einem *pactum de mutuo dando*, mit Anführung der l. 68 D. de V. O. 45, 1 (so auch Glück S. 309). Es ist freilich richtig, dass auch letzteres nicht unter das Verbot des Senatsbeschlusses fällt, weil lediglich die *numeratio* dessen Anwendung bedingt, aber

filiusfamilias *) (l. 7 pr. D. h. t.), Expromission der Schuld eines Dritten durch ein Hauskind (l. 13 D. h. t.), dotis promissio für die filiafamilias durch den Haussohn (l. 7 §. 2 D. h. t.), das irreguläre Depositum. Die Zulässigkeit des letzteren wird zwar von Dietzel (S. 83) und Mandry (S. 452) bestritten, jedoch mit Unrecht; denn es liegt auf der Hand, dass die Senatsvorschrift sich nur auf Darlehen bezieht. Wenn nicht einmal alle Gelddarlehen unter das Verbot des Senatsbeschlusses fallen und letzterer schon im Falle

---

Donellus übersieht dabei, dass es in den beiden citirten Stellen heisst: „si a filiofamilias stipulatus sim" und „si a patre familias stipulatus sis." Der künftige Darleiher ist es, welcher stipulirt, sich versprechen lässt, nicht der filiusfamilias und der paterfamilias. Die l. 30 cit. lautet: „Qui pecuniam creditam accepturus spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat." Man sieht, dass hier genau derselbe Fall vorliegt wie in l. 3 §. 4 und l. 6 citt.

*) Selbst fideiussio für einen insolventen Schuldner und donandi animo ist zulässig (Donellus XII c. 24 §. 15).

eines entschuldbaren Irrthums des Darlehnsgebers cessirt (s. unten §. 8), so kann derselbe auch nicht Anwendung finden, wenn kein Darlehn vorliegt. Man darf nicht vergessen, dass das Senatusconsult nicht Schutz der Hauskinder bezweckt. Mit Recht lassen daher Windscheid (§. 379 Anm. 5), Ryck (S. 99), Seydel (S. 23) und wohl auch Dückers (S. 35) die Senatsvorschrift im Fall eines irregulären Depositums cessiren.

Anders verhält es sich mit einem Gelddepositum, wenn der Deponent in der Absicht, einem Hauskind ein Darlehn (vgl. Windscheid §. 379 Anm. 6 a. E.) zu verschaffen, in den Verbrauch des bei ihm hinterlegten Geldes einwilligt. Hier entsteht ein wirkliches Darlehn (s. l. 9 §. 9, l. 10 D. de reb. cred. 12, 1), das als solches unter das Verbot des Senatsbeschlusses fällt. Ob ein Darlehn auch dann entstehe, wenn einem Mandatar das Geld, welches er aus dem Mandatsverhältniss in Händen hat, als Darlehn belassen wird (l. 15 i. f. D. de reb. cred. 12, 1; vgl. mit l. 34 pr. D. mand. 17, 1), ist streitig und somit auch streitig, ob die Senatsvorschrift Anwendung finde (so Ryck S. 100, dagegen Dückers S. 35), wenn der Mandatar ein Hauskind ist. Dagegen gelten

alle Contracte als verboten und klaglos, in denen eine <u>fraus senatusconsulto adhibita</u>, eine Umgehung des Senatsbeschlusses, enthalten ist (Donellus XII c. 24 §. 17: „Ex aequo enim irritum est et quod fit aperte contra legem et quod in fraudem legis"). *) Daher greift das Senatusconsult Platz, wenn der sich verbürgende Haussohn der eigentliche Darlehnsempfänger ist (l. 7 pr. §. 1 D. h. t. Beispiel: Titius schliesst ein Darlehnsgeschäft mit dem Gläubiger ab und zieht einen Haussohn als Bürgen hinzu. Hierauf giebt er ihm das empfangene Geld. Hier ist der Haussohn der

---

*) Die in den Quellen hierfür angeführten Fälle enthalten nur Beispiele; daher steht auch der Klage aus einem irregulären Depositum die <u>exceptio senatusconsulti</u> entgegen, wenn eine Umgehung der Senatsvorschrift beabsichtigt war. – Wenn vorgeschützt wird, dass ein verschleiertes Darlehnsgeschäft vorliege, so hat dies selbstverständlich derjenige zu beweisen, welcher sich auf den Senatsbeschluss beruft, da dies unmöglich präsumirt werden kann (Glück S. 311, Mandry S. 451; vgl. l. 14 §. 5 D. qui et a quibus manumissi 40, 9).

eigentliche Schuldner, Titius der eigentliche Bürge). Auch der sog. contractus mohatrae fällt unter das Verbot der Senatsvorschrift, d.h. der Fall, wo der Gläubiger nicht direct einem Hauskind Geld leiht, sondern ihm eine Sache giebt, damit es sie verkaufe und den erzielten Preis als Darlehn behalte (l. 3 §. 3 D. h. t.). Ein solcher Vertrag liegt auch dann vor, wenn einem Hauskinde Fungibilien (vinum, oleum, frumentum) zu demselben Zwecke geliehen werden (l. 7 §. 3 D. h. t.). Hier liegt kein eigentliches Darlehn von Fungibilien vor, sondern ein Gelddarlehn, obgleich die datio pecuniae nicht durch den Darlehnsgeber erfolgt. Ryck (S. 99) will beim contractus mohatrae die Senatsvorschrift nur dann angewendet wissen, wenn das Hauskind die ihm geliehene Sache verkaufte und ihm der Erlös ausgezahlt wurde (vgl. Dietzel S. 82). Es ist zwar richtig, dass nur in diesem Fall ein Darlehn entsteht (l. 11 pr. D. de reb. cred. 12, 1: „si vendideris, puto mutuam pecuniam factam"), liegt aber eine Umgehung des Senatsbeschlusses vor, so gilt der Satz: „fraudem senatusconsulto factam nocere," und hat der Gläubiger keine Klage, auch wenn die Sache nicht verkauft ist. Ist dagegen

eine _fraus_ nicht vorhanden, und die Sache nicht verkauft, so hat der Gläubiger die „_actio praescriptis verbis_ auf Zahlung der bedungenen Summe" (Dietzel S. 81).

Das Verbot des Senatsbeschlusses ergreift sowohl verzinsliche wie unverzinsliche Darlehen (l. 7 §. 9 D. h. t.). Bei letzteren war zwar die Gefahr für den Gewalthaber nicht so sehr zu befürchten, aber dennoch nicht gänzlich ausgeschlossen, und was die verderblichen Wirkungen der Gelddarlehen auf die Sittlichkeit der Hauskinder anlangt, so waren sie die nämlichen bei verzinslichen wie bei unverzinslichen Darlehen. Da der unmittelbare Zweck des Senatusconsultes die Verhinderung der Darlehnsaufnahme seitens der Hauskinder war, so mussten alle Gelddarlehen ohne Unterschied verboten werden, da ein blosses Zinsverbot nur allzu leicht umgangen werden konnte (vgl. Unterholzner S. 72 Anm. e, a. E.). Auch auf die Verwendung des dargeliehenen Geldes kommt im Allgemeinen nichts an (Ausnahmen hiervon s. im folgenden Paragraphen); daher ist es auch irrelevant, ob ein Hauskind für sich oder für einen Dritten, ja selbst als _institor_ eines Dritten

(l. 7 §. 11 D. h. t.) ein Darlehn aufnimmt (s. Mandry §. 454).
In allen diesen Fällen hat es die exceptio.

---

§. 7.

Mangel väterlicher Einwilligung in die Darlehnsaufnahme und einer in rem patris versio.

Eine weitere Voraussetzung der Anwendbarkeit des Senatsbeschlusses ist Mangel väterlicher Einwilligung in die Darlehnsaufnahme seitens des Hauskindes, m. a. W. die Senatsvorschrift cessirt, wenn eine solche Einwilligung vorliegt. Diese Regel entnahmen die römischen Juristen nicht sowohl dem Wortlaut des Senatsbeschlusses als vielmehr der ratio desselben; und es liegt auf der Hand, dass sie der Tendenz der Senatsvorschrift nicht widerspricht, da letztere hauptsächlich für Darlehen berechnet ist, welche ohne Wissen des Vaters aufgenommen werden und auch für ihn selbst nachtheilig sind. Ganz anders verhält es sich mit solchen Darlehen, welche Hauskinder mit Zustimmung ihres Vaters empfangen. Hier braucht das Gesetz nicht einzuschreiten, da doch der Vater selbst am besten weiss,

ob seine Einwilligung für ihn eine Gefahr involvire und ob das Darlehn geeignet sei, dem Leichtsinn seines gewaltunterworfenen Kindes Vorschub zu leisten (vgl. Donellus XII c. 27 § 1, Glück S. 333). Mit Recht hebt Mandry (S. 457) hervor, dass das Senatusconsult nicht den Zweck verfolge, die dem Hausvater zukommende Machtstellung einzuschränken. Anders sucht Dietzel (S. 34 und 52) den Ausschluss der Anwendbarkeit des Senatsbeschlusses in diesem Fall zu begründen; dagegen Dückers S. 18 ff.

Die Einwilligung des Vaters ist entweder eine gleichzeitige oder vorhergehende oder aber eine nachträgliche (Ratihabition) s. Windscheid § 373 Nr. 3. Andrerseits lässt sie sich eintheilen in eine ausdrückliche und eine stillschweigende. Die ausdrückliche Einwilligung ist entweder Auftrag (iussus, mandatum) oder blosse Zustimmung (consensus). Diese Unterscheidung ist auf die Ausschliessung der Senatsvorschrift ohne Einfluss; das Senatusconsult cessirt sowohl dann, wenn ein Auftrag des Hausvaters vorliegt, als auch im Fall des blossen Consenses (l. 12. 16 D. h. t., l. 2. 4. 5 i. f., l. 7 pr. C. h. t.); aber im ersteren Fall haftet der Vater in solidum, da gegen denselben

nicht bloss die actio de peculio, sondern auch die actio quod iussu angestellt werden kann, im letzteren haftet er nur de peculio (s. Ryck S. 110). Der Widerruf eines gegebenen Auftrags ist ungiltig, wenn auf Grund des letzteren das Darlehn gegeben und aufgenommen wurde (l. 12 D. h. t. vgl. l. 1 §. 2 D. quod iussu 15, 4). Dagegen kann der Vater bis zu diesem Zeitpunkt seinen Willen ändern, muss aber den Gläubiger hiervon in Kenntniss setzen.

Eine stillschweigende Einwilligung liegt schon in der scientia, dem Wissen des Hausvaters (l. 7 §. 12 i. f. l. 12 D. h. t.), wenn er nicht Widerspruch erhebt, wozu er verpflichtet ist (s. Donellus XII c. 27 §. 4); denn in dem Nichtwidersprechen ist ein non nolle, eine patientia, also ein Wollen enthalten (l. 1 §. 3 D. de tribut. act. 14, 4). Es wird jedoch vorausgesetzt, dass der Vater einmal die Befugniss habe, die Darlehnsaufnahme zu verbieten oder zu gebieten, und zweitens auch die Möglichkeit habe, seinen Widerspruch zu äussern (s. Mandry S. 460, Dietzel S. 52, Seydel S. 25, Windscheid §. 373 Anm. 9). Nur unter diesen Voraussetzungen kann aus dem blossen Wissen auf ein Wollen

geschlossen werden. Daher wird man mit Dietzel annehmen müssen, dass im Falle, wo der Sohn als institor eines extraneus ein Darlehn aufnimmt, das Wissen des Vaters irrelevant ist. Ebenso irrelevant ist das nachträgliche Wissen, da nach erfolgter Darlehnsaufnahme ein Widerspruch überflüssig ist und somit das Schweigen nicht als Einwilligung gelten kann (Dietzel S. 53, Mandry S. 461, Dückerd S. 108, Seydel S. 25), selbst wenn dem Vater das Darlehn angezeigt wurde (a. M. Sintenis §. 108 Anm. 51). In der l. 16 D. h. t. liegt ein anderer Fall vor (s. unten).

Auch durch concludente Handlungen kann eine stillschweigende Einwilligung documentirt werden, so wenn sich Dritte für einen Haussohn mit Einwilligung des Vaters verbürgen (l. 9 §. 3 D. h. t.), wenn der Vater seinen Sohn als institor in seinem Geschäft angestellt oder der Sohn mit Vorwissen des Vaters mit Peculiarvermögen Handel treibt, es sei denn, dass der Vater ihm ausdrücklich verboten hätte, Darlehen aufzunehmen (l. 7 §. 11 D h. t. Statt merces ist hier mit Haloander mutuum zu lesen). Auch darin liegt, wenn auch kein iussus (s. l. 1 §. 5 D.

quod iussu 15, 4), so doch ein Consens des Vaters, dass sich derselbe für sein Hauskind verbürgt (vgl. Ryck S. 110, Dückers S. 107). Glück (S. 335) erblickt auch darin eine Einwilligung, dass der Vater Schulden des Sohnes schon öfters ohne Widerspruch bezahlt hat (s. die Note des Herausgebers zu Donellus XII c. 27 §. 9: „item consensus praesumitur ex consuetudine, si filius solitus creditum accipere et pater pro eo solvere arg. l. ult D. quod cum eo" -14, 5-); dagegen mit Recht Dietzel S. 55, Dückers S. 110, Ryck S. 110, Seydel S. 26.

Eine stillschweigende Einwilligung steht im Allgemeinen nicht dem iussus gleich (so Dietzel S. 54), daher haftet der Vater in der Regel nur de peculio, wenn seine Zustimmung eine stillschweigende ist. Es ist jedoch nicht undenkbar, dass auch ein blosser Nichtwiderspruch als iussus gelte, so wenn z. B. ein Hauskind in Gegenwart des Vaters ein Darlehn aufnimmt unter dem Vorgeben, es handle im Auftrag desselben. Im Falle der l. 7 §. 11 cit. haftet der Vater mit der actio institoria bez. tributaria, der Sohn in solidum. Ist dagegen der Dominus ein extraneus, so hat das Hauskind die exceptio senatusconsulti, während

ersterer mit der <u>actio institoria</u> haftet.

Was die nachträgliche Genehmigung oder Ratihabition betrifft, so war es früher streitig, ob dieselbe einer ursprünglichen Einwilligung gleichzuachten sei; zwar finden sich in den Digesten diesbezügliche Quellenentscheidungen (l. 7 §. 15 D. h. t. vgl. l. 16 ibid.; die l. 9 §. 3 D. h. t. bezieht sich nicht nothwendig auf den Fall der Ratihabition), doch wurde diese Frage erst von Justinian (l. 7 pr. C. h. t.) im bejahenden Sinne endgiltig entschieden. Von der Ratihabition gilt, was von der Einwilligung überhaupt gesagt worden ist. Sie steht nicht nothwendig dem <u>iussus</u> gleich, begründet mithin nicht immer die <u>actio quod iussu</u> (l. 1 §. 6 D. quod iussu 15, 4). In der l. 7 pr. cit. sagt Justinian: „necesse est enim patris ratihabitionem principali patris mandato <u>vel consensui</u> non esse absimilem" (vgl. l. 5 §. 2 D. de in rem verso 15, 3). Daher haftet der ratihabirende Vater <u>de peculio</u> oder <u>in solidum</u>, je nachdem die Ratihabition als blosser Consens oder aber als Auftrag erscheint (Ryck S. 108 ff., Dückers S. 109, welcher letztere diejenige Anerkennung, welche einem <u>iussus</u> nicht gleichsteht, eine <u>ratihabitio impropria</u> nennt). Auch die Ratihabition kann stillschweigend, z. B. dadurch erfolgen,

dass der Vater die Schuld des Sohnes theilweise bezahlt (l. 7 §. 15 D. h. t.). Ob in der angeführten Stelle nur von einer Ratihabition des gezahlten Theiles der Schuld oder aber der ganzen Schuld die Rede sei, ist bestritten. Mir scheint die letztere Ansicht die richtige zu sein, weil, wenn die Anerkennung sich nur auf den gezahlten Schuldbetrag bezöge, es überflüssig wäre, die Ausschliessung der Senatsvorschrift auszusprechen. Von einer Klage des Gläubigers auf den gezahlten Theil der Schuld kann keine Rede sein, und eine Rückforderung seitens des Schuldners ist selbst im Falle eines <u>mutuum contra senatusconsultum</u> ausgeschlossen. Dazu kommt, dass, wenn die entgegengesetzte Ansicht richtig wäre, es unerklärlich bliebe, warum Ulpian nicht <u>solvit</u>, sondern <u>solvere coepit</u> gesagt hat. (so Glück S. 324-326, Donellus XII c. 27 §. 9, Dückers S. 108, Ryck S. 116, Schwanert S. 352, Dietzel S. 137; a. M. Sintenis §. 108 Anm. 51 a. E.). Dagegen liegt in dem nachträglichen Nichtwiderspruch noch keine Ratihabition (s. oben S. 60). Eine Ausnahme hiervon enthält l. 16 D. h. t. im Falle, wo ein Haussohn unter dem fälschlichen Vorgeben, einen Auftrag vom Vater erhalten zu haben, ein Darlehn

aufnimmt und den Vater davon in Kenntniss setzt. Hier gilt das Schweigen des Vaters als Ratihabition, weil er allein weiss, ob er den Auftrag ertheilt hat oder nicht, und somit sein Schweigen, wenn es nicht Anerkennung bedeutet, Dolus ist (Donellus XII c. 27 §. 10, Dietzel S. 53 und Anm. 4, Seydel S. 25 f.).

Die Person, auf deren Einwilligung bez. Widerspruch es ankommt, ist der Gewalthaber (s. oben S. 31 fg.). Irrelevant ist somit die Zustimmung des biblichen Vaters, welcher nicht Gewalthaber des Hauskindes ist (l. 14 i. f. D. h. t.).

Zum Schlusse bemerke ich noch, dass nach der herrschenden Meinung (vgl. Arndts §. 119 Anm. 3. b.) der minderjährige Haussohn, welcher iussu patris ein Darlehn aufgenommen, keinen Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hat (arg. l. 3 §. 4 i. f. D. de min. 4, 4 und l. 1 C. de filiof. min. 2, 22; vgl. oben S. 34). Die entgegengesetzte Ansicht Savignys und Dietzels (S. 67) wird von Dückers ausführlich widerlegt (Dückers S. 111–115).

Auch durch eine in rem patris versio des von einem Hauskinde aufgenommenen Darlehns wird die Anwendung

des Senatusconsultes ausgeschlossen. Den Grund hierfür giebt Ulpian (l. 7 §. 12 D. h. t.) mit den Worten an: „patri enim, non sibi accipit." Weil also der Vater der eigentliche Darlehnsempfänger ist und weil durch ein dem Vater zu Gute kommendes Darlehn dem Leichtsinn des Hauskindes nicht Vorschub geleistet wird (Mandry S. 465), cessirt der Senatsbeschluss.

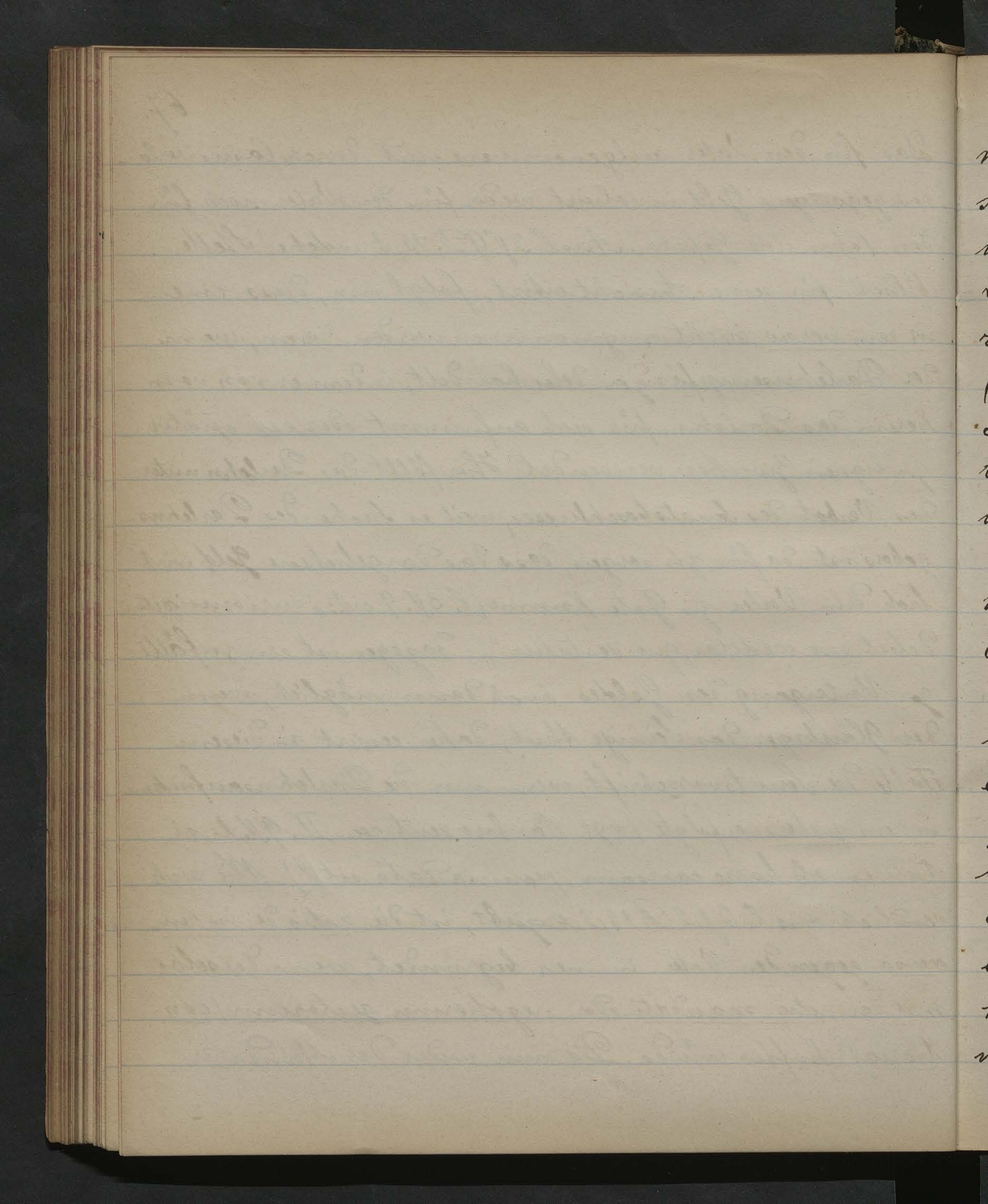
Wann eine in rem versio vorliege, darüber entscheiden selbstverständlich die allgemeinen Grundsätze welche im tit. Dig. de in rem verso (15, 3) enthalten sind (vgl. Windscheid §. 373 Anm. 1 und Ryck S. 111). Mandry (S. 463 f.) sucht dies noch dadurch zu beweisen, dass er auf den Parallelismus der Entscheidungen des Digestentitels de SC-o Macedoniano (14, 6) mit denen des angeführten Titels de in rem verso hinweist. Letztere bieten zugleich ein wichtiges Material zur Interpretation der auf das SC. Macedonianum bezüglichen Stellen. Es lässt sich also wohl die Behauptung aufstellen, dass überall, wo der Darlehnsgeber gegen den Hausvater die actio de in rem verso hat, die Senatsvorschrift wegen in rem patris versio cessire.

Kommt nur ein Theil des vom Hauskinde aufgenomme-

nen Darlehns dem Hausvater zu Gute, so cessirt das Senatusconsult nur bezüglich des in rem patris vertirten Theiles, und hat der Gläubiger auf den Rest keinen Anspruch (l. 10 §. 4 D. de in rem verso 15, 3): vgl. Mandry S. 464. Die Senatsvorschrift findet auch dann keine Anwendung, wenn das Hauskind das Darlehn für sich aufnimmt, es aber später in rem patris vertirt (l. 7 §. 12 D. h. t. vergl. mit l. 3 §. 1 D. 15, 3). Hier gilt die Präsumtion: „intellegendam ab initio sic accepisse, ut in rem verteret" (vgl. Dückers S. 163).

Da eine in rem versio schon dann vorliegt, wenn ein Hauskind ein Darlehn aufnimmt in der Absicht, den Vater durch dasselbe zu bereichern, und das empfangene Geld durch Zufall verliert (l. 3 §. 10, l. 17 pr. D. 15, 3 vgl. l. 47 §. 1 D. de solut. 46, 3), so cessirt auch das SC. Macedonianum in diesem Falle. Es ist also unrichtig, wenn Donellus (XII c. 27 §. 12), Glück (S. 339 f.), Seydel (S. 30) und Sintenis (S. 108 Anm. 52) behaupten, dass die versio in rem perfect geworden sein müsse, damit die Senatsvorschrift ausgeschlossen sei. Auch hier muss wiederum daran erinnert werden, dass nicht Schutz der Hauskinder Zweck des Senatsbeschlusses ist.

Das für den Vater aufgenommene und durch Casus verloren gegangene Geld involvirt weder für den Vater noch für den Sohn eine Gefahr. Aus l. 3 § 9 D. 15, 3, welche Stelle Glück für seine Ansicht citirt, folgt nur, dass eine in rem versio nicht angenommen werden kann, wenn der Darlehnsempfänger dolos handelt, indem er von vornherein das Darlehn für sich aufnimmt oder es später zu eignen Zwecken verwendet. Hier fällt das Darlehn unter das Verbot des Senatsbeschlusses, weil es Sache des Darlehnsgebers ist, dafür zu sorgen, dass das dargeliehene Geld wirklich dem Vater zu Gute komme (l. 3 § 9 cit.: „curiosus igitur debet esse creditor, quo vertatur“); dagegen ist ein zufälliger Untergang des Geldes auch dann möglich, wenn der Gläubiger das Seinige thut, daher cessirt in diesem Falle die Senatsvorschrift, wenn nur die Darlehnsaufnahme in rem patris erfolgte (vgl. Paulus sent. rec. II. 9 § 1: „si tamen ob hanc causam pecunia data sit“). Wie sich endlich aus l. 3 § 2 D. 15, 3 ergiebt, ist die actio de in rem verso gegen den Vater immer begründet, wenn derselbe mit der actio mandati oder negotiorum gestorum (contraria) haften würde. Da nun weder der Mandatar



noch der negotiorum gestor den Casus zu prästiren haben, so haftet der Vater mit der actio de in rem verso auch dann, wenn das einem Hauskinde dargeliehene Geld durch Casus verloren geht. Uebrigens widerspricht die Glück'sche Erklärung der l. 47 §. 1 D. de solut. 46,3 dem Wortlaute derselben („et eam perdiderit," nicht „et rem perdiderit" vgl. unten S. 72 f.). Die hier ausgesprochene Ansicht wird von Unterholzner (§. 73 Anm. e), Dietzel (S. 49 ff.), Dückers (S. 157) und Ryck (S. 111) getheilt.

Als Beispiele für die Ausschliessung der Senatsvorschrift wegen in rem patris versio werden in den Quellen einige Fälle aufgezählt, welche sämmtlich auch im Digestentitel de in rem verso (15,3) angeführt sind. So cessirt der Senatsbeschluss in dem Falle, wo ein Haussohn ein Darlehn aufnimmt, um eine Dos für seine Schwester oder für seine Tochter zu bestellen, wenn er als negotiorum gestor seines Vaters handelt und auch der Gewalthaber selbst seiner Tochter bez. Enkelin eine Dos gegeben haben würde (l. 17 D. h. t. vergl. mit l. 7 §. 5, l. 8, l. 9 D. 15,3); ebenso wenn ein Haussohn mit dem aufgenommenen Darlehn väterliche Schulden (l. 7 §. 14 D. h. t. vergl.

mit l. 10 pr. D. 15, 3 und l. 15 D. ibid.), nicht dagegen, wenn er eigene Schulden an den Vater (l. 7 §. 12 i. f. D. h. t. vergl. mit l. 10 §. 7 D. 15, 3) oder an Dritte (l. 11 D. 15, 3) bezahlt. Auch die Darlehnsaufnahme zwecks Befriedigung solcher Bedürfnisse eines Hauskindes, welche der Vater zu bestreiten hat, gilt als in rem patris versio, bewirkt somit die Ausschliessung der Senatsvorschrift (l. 2 C. h. t. vgl. Glück S. 337 Nr. 4, Dückers S. 160, Windscheid §. 373 Anm. 11, Arndts §. 282 Anm 2. b., Mandry S. 463, Sintenis S. 523 Nr. 6 und Anm. 52). Hierher gehört der Fall der l. 7 §. 13 D. h. t., woselbst von einem Studien halber abwesenden Haussohne die Rede ist. Diesem darf ein Darlehn gegeben werden, sofern es die Summe nicht überschreitet, welche ihm der Vater zu schicken pflegte, u. zw. weil hier eine versio in rem patris vorliegt (l. 3 §. 3, l. 20 pr. und l. 21 D. 15, 3; vgl. Mandry S. 463). Donellus (XII c. 27 §. 22. 23) und Ryck (S. 112) wollen das Senatusconsult ausgeschlossen wissen nur bei der Darlehnsaufnahme eines nicht gegen den Willen seines Vaters studiorum oder legationis causa abwesenden Haussohnes. Ryck lässt den Vater wegen mutuo studiorum und legationis causa nur dann

haften, wenn er den Sohn zum Studiren oder zur diplomatischen Carriere bestimmt hat. Dagegen lässt sich nichts einwenden (a. M. Dietzel S. 45 Anm. 27); unrichtig ist es aber, jedes Darlehn für erlaubt und klagbar zu erklären, welches ein Hauskind zur Bestreitung unabweislicher Bedürfnisse aufnimmt (so Puchta §. 306 Nr. 1, Unterholzner §. 73. 6., Arndts §. 282 Anm 2. c., Ryck S. 112. 114; Seydel S. 28-30; dagegen Windscheid §. 373 Anm. 11, Glück S. 337 Z. 4, Dietzel S. 44 ff., Dückers S. 160 ff., wohl auch Sintenis §. 108 Nr. 6 und Mandry S. 455).

Es lässt sich zwar nicht leugnen, dass im Allgemeinen unabweisliche Bedürfnisse des Hauskindes der Vater zu bestreiten hat, und dass die durch ein solches Bedürfniss verursachte Darlehnsaufnahme in den meisten Fällen eine in rem versio begründet. Dies ist jedoch nicht immer der Fall, beispielsweise nicht, wenn ein Hauskind in Abwesenheit seines Vaters das für seinen Unterhalt bestimmte Geld verschleudert und in Folge dessen sich in Noth befindet, weil hier der Vater zur Unterstützung seines Kindes nicht verpflichtet ist (anders Donellus XII c. 27 §. 27). Dazu kommt, dass es gar nicht leicht ist, den Begriff eines unabweislichen

Bedürfnisses genau zu fixiren, und dass dieser angebliche Ausnahmefall im Digestentitel de S-C Macedoniano, wo er doch wegen seiner weittragenden Bedeutung erwähnt sein müsste, gar nicht enthalten ist. Man wird also annehmen müssen, dass die Senatsvorschrift nur dann cessire, wenn das Darlehn in rem patris aufgenommen wird oder wenn die Darlehnsaufnahme mit Einwilligung des Vaters erfolgt.

Die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht berufen sich auf die Entscheidungen, welche in l. 5 C. h. t. (vgl. Cod. Greg. III, 8 de SC. Macedoniano), l. 47 §. 1 D. de solut. 46, 3 und l. 7 §. 14 D. h. t. enthalten sind, jedoch mit Unrecht. Die l. 5 pr. C. h. t. lautet: „Macedoniani senatus consulti auctoritas petitionem eius pecuniae non impedit, quae filio familias studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus, quos patris pietas non recusaret, credita est." Mandry (S. 463) nimmt hier eine in rem versio an; dagegen Ryck (S. 115), weil der Vater sonst nicht bloss mit der actio de peculio haften würde (l. 5 §. 1 C. h. t.) und die Worte: „quos patris pietas non recusaret" nicht bedeuten, dass der Vater die betreffenden Mittel selbst gegeben hätte, sondern nur „dass der Vater in Anbetracht der Dringlichkeit der Ausgabe dem Sohn den Consens zur Aufnahme des Darlehns nicht würde

vorenthalten haben." Ist diese Erklärung richtig, so ist das Darlehn nur deswegen ein erlaubtes, quoniam patris voluntate contractum videtur (l. 7 §. 11 D. h. t.). Dadurch, dass der Vater seinen Sohn zum Studiren bestimmt, willigt er – wie im Falle der l. 7 §. 11 cit. – stillschweigend in die vom Sohne contrahirten nothwendigen Schulden ein. Liegt aber hier eine in rem versio vor, so cessirt die Senatsvorschrift aus diesem Grunde. – Die Worte der l. 5 §. 1 cit. müssen nicht nothwendig dahin verstanden werden, dass der Vater nur de peculio hafte. In denselben ist nur ausgesprochen, dass nach dem Tode des Sohnes die actio de peculio nur binnen eines annus utilis gegen den Vater angestellt werden könne, und ist die Annahme nicht ausgeschlossen, dass der Vater wegen in rem versum, also unter Umständen in solidum condemnirt werden könne; ist doch in §. 4 J. quod cum eo 4, 7 ausdrücklich gesagt, dass die a. de peculio und die a. de in rem verso nicht zwei besondere Klagen sind, sondern in einer Klage geltend gemacht werden. Somit lässt sich aus der l. 5 C. cit. die Ausschliessung des Senatsbeschlusses bei Darlehen, welche zur Bestreitung nothwendiger Ausgaben eines Hauskindes aufgenommen werden, nicht herleiten. Ebensowenig ist dies in der l. 47 §. 1 cit. ausgesprochen, welche lautet: „Sic et in filio familias

putabat Macedonianum cessare, si in necessarias causas filius mutuam pecuniam acceperit et eam perdiderit." Es ist derselbe Fall, welcher in l. 3 §. 1 D. 15, 3 enthalten ist: „Si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam et nummi perierint, quis de in rem verso agere possit, utrum creditor an venditor?" Schon der Vergleich dieser beiden Stellen mit einander beweist, dass die l. 47 §. 1 cit. von einer in rem versio zu verstehen sei. Diese Auffassung wird durch den Zusammenhang des §. 1 cit. mit dem Vorhergehenden bestätigt. In dieser Stelle erörtert Marcian die Frage, welcher Augenblick für die Bereicherung eines Unmündigen massgebend sei. Bei einem filiusfamilias ist diese Frage nur dann von Bedeutung, wenn man hierbei an eine in rem versio denkt, denn im Uebrigen ist sowohl für die Anwendbarkeit als auch für die Ausschliessung der Senatsvorschrift die etwaige Bereicherung des Haussohnes durch die Darlehnsaufnahme irrelevant (l. 9 §. 2 D. h. t. vgl. l. 5 §. 2 C. h. t.). Somit sind die causae necessariae der l. 47 §. 1 cit. solche, quae patris oneribus incumbunt (l. 2 C. h. t.).

Was endlich die berühmte l. 7 §. 14 D. h. t. anlangt, so ist sie, wie ich glaube, bisher von niemand befriedigend erklärt worden. Merkwürdigerweise werden die Worte: „ut eum liberaret" von allen über-

einstimmend übersetzt: „um ihn (d. h. den Gläubiger) zu befriedigen." Es wird hierbei übersehen, dass liberare nicht heissen kann oder wenigstens in der Regel nicht heisst (vgl. dagegen l. 1 §. 11 D. de exerc. act. 14, 1, welche Stelle vielleicht einer Emendation bedarf) „einen Gläubiger befriedigen," sondern „einen Schuldner durch Bezahlung seiner Schuld befreien" (man vergleiche z. B. den Digestentitel de solut. et liberat. 46, 3). Donellus (XII c. 27 §. 15) ist der einzige, welcher auf diese Worte näher eingeht und sie folgendermassen interpretirt: „ut eum liberaret, intellige creditorem, id est ut absolveret et dimitteret creditorem pecunia illi soluta." Die Worte: „qui si peteret" bezieht er auf den creditor und ergänzt a patre. Aber dies ist eben diejenige Erklärung, welche wegen der falschen Uebersetzung von liberare unzulässig ist. Andere halten es nicht einmal für nothwendig, diese dem Sprachgebrauch widersprechende Interpretation zu rechtfertigen. Manche wie Windscheid (§. 373 Anm. 11), Donellus a. a. O., Glück (S. 340), Schwanert (S. 343) und Mandry (S. 455) verstehen die Stelle von einer in rem versio, also von einer Schuld des Vaters, welche der Sohn für ihn bezahlt, andere wie Puchta (§. 306 Nr. 1), Sintenis (§. 108 Nr. 6), Dückers

(S. 163 ff.), Dietzel (S. 40 ff.), Arndts (§. 282 Anm. 2. c), Ryck (S. 114) und Seydel (S. 28–30) von einer exceptionsfreien Schuld des Haussohnes, welche letztere Annahme auch von Mandry (S. 456) und Schwanert a. a. O. für zulässig erklärt wird. Mandry behauptet, dass auch in diesem letzteren Fall eine in rem versio vorliege, weil nur solche Darlehen exceptionsfrei seien, welche in rem patris oder mit Vorwissen des Vaters aufgenommen werden, in welchen Fällen auch der Vater hafte. Dagegen ist zu bemerken, dass, wie der Zusammenhang ergiebt, die l. 7 §. 14 cit. zwar von einer in rem versio handelt, eine Tilgung der Schuld des Sohnes aber keine in rem versio begründet arg. l. 11 D. 15, 3: „Quod servus in hoc mutuatus fuerit, ut creditori suo solveret, non erit in rem versum, quamvis actione de peculio liberatus sit dominus." Dass aber in l. 7 §. 14 cit. von einer in rem versio die Rede ist, beweist l. 10 pr. D. 15, 3, welche ich mit ersterer in Verbindung bringe und welche ebenfalls von Ulpian, ja demselben Buche (lib. 29 ad Edictum) entlehnt ist, und daher höchst wahrscheinlich denselben Fall behandelt. Diese Stelle lautet: „Si pro patre filius fideiusserit et creditori solverit, in rem patris videtur versum, quia patrem liberavit." Man sieht

daraus, dass auch unsre Stelle von einer Schuld des Vaters zu verstehen ist. Aber auch die Vertreter dieser Ansicht, welche die Worte: „ut eum liberaret“ in der angegebenen Weise übersetzen, übersehen, dass der Zusatz: „qui si peteret exceptione non summoveretur“ etwas Unrichtiges enthält. Denn danach würde eine in rem versio nur dann vorliegen, wenn die vom Hauskinde bezahlte Schuld des Vaters eine exceptionsfreie wäre. Dies ist aber unrichtig, da nach l. 3 §. 1 D. 15, 3 ein in rem versum auch dann angenommen wird, wenn der Vater gegen den Gläubiger die condictio indebiti anstellen kann: „sed et si erravit in solvendo et putavit creditorem eum, qui non erat, aeque in rem versum Pomponius ... ait, quatenus indebiti repetitionem dominus haberet.“ Diese condictio indebiti hat aber der Vater auch, wenn er eine exceptio dem Gläubiger hat vorschützen können, nach l. 26 §. 3 D. de cond. ind. 12, 6: „indebitum autem solutum accipimus ... et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat“ und l. 40 pr. D. ibid.: „qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest.“ Aus diesen Stellen ergiebt sich zugleich, dass die condictio indebiti im Fall einer irrthümlichen Leistung dessen, was ope exceptionis ein indebitum war, nur dann

statthaft ist, wenn die exceptio eine perpetua ist. Ich möchte daher folgende Erklärung der l. 7 §. 14 cit. vorschlagen. Da der unmittelbar vorhergehende §. 13 mit den Worten abschliesst: „quam pater solebat subministrare", so lässt sich das eum ganz wohl auf den Vater beziehen. „Ut eum liberaret" heisst also: „um ihn (d. h. den Vater) zu liberiren, seine Schuld zu bezahlen" (vgl. l. 10 pr. cit.: „quia patrem liberavit"). Da nun das qui weder auf das Object eum noch auf das Subject filius bezogen werden kann und der Relativsatz: „qui si peteret exceptione non summoveretur" auch dann widersinnig ist, wenn man liberare durch „befriedigen" übersetzt, so ist entweder dieser ganze Zusatz als Interpolation zu streichen oder statt desselben zu lesen: „et si qui peteret perpetua exceptione summoveretur," was wegen der Aehnlichkeit der Worte peteret und perpetua sowie der Endung von exceptione und des darauffolgenden non nicht unmöglich ist. In beiden Fällen giebt diese vielbestrittene Stelle einen ganz guten Sinn.

Da, wie wir gesehen, die l. 7 §. 14 cit. nicht von einer Schuld des Haussohnes spricht, so lässt sie sich auch nicht als Beweis dafür anführen, dass das Senatusconsult bei jeder durch ein unabweisliches Bedürfniss verursachten Darlehnsaufnahme cessire.

Zum Schluss ist noch der Fall der Nov. 115 c. 3 §. 13 zu besprechen. Diese Novelle bezieht sich nicht direct auf das S.C. Macedonianum. Im dritten Kapitel giebt Justinian die Gründe an, aus welchen Ascendenten ihre Descendenten wegen Undankbarkeit enterben dürfen, und im §. 13 bestimmt er unter Anderem, dass es allen, also auch gewaltunterworfenen Personen, gestattet sein solle, Gelddarlehen aufzunehmen, um ihre in der Gefangenschaft befindlichen Ascendenten loszukaufen. Ist somit der Darlehnsempfänger ein Hauskind, so cessirt die Senatsvorschrift, weil Justinian für gewaltunterworfene Personen keine Ausnahme statuirt. Windscheid (§. 373 Anm. 11 a. A. und so auch Dietzel S. 46 Anm. 27 und Seydel S. 28) betrachtet die Darlehnsaufnahme durch ein Hauskind in diesem Fall als eine <u>in rem patris versio</u> (dagegen Ryck S. 117), Unterholzner (§. 73. 6.) als eine solche, welche durch das Bedürfniss des Empfängers verursacht und somit gestattet sei. Ich glaube dass dieser Fall füglich als positiv rechtliche Ausnahme von der Bestimmung des S.C. Macedonianum bezeichnet werden kann, obgleich in den meisten Fällen <u>in rem versio</u> oder wenigstens ein stillschweigender Consens des Gewalthabers

vorliegen wird, zumal wenn der Gewalthaber der Losgekaufte ist. In diesem letzteren Fall wird der parens auch seine Ratihabition nicht versagen. Uebrigens liegt es auf der Hand, dass eine solche Darlehnsaufnahme der Tendenz der Senatsvorschrift nicht widerspricht.

---

§. 8.

Wissen des Gläubigers von der Hauskindeigenschaft des Darlehnsempfängers und ungerechtfertigte Unkenntnis überhaupt.

Jeder entschuldbare factische Irrthum auf Seiten des Darlehnsgebers schliesst die Anwendung der Senatsvorschrift aus, wenn er auf das Zustandekommen des Darlehnsgeschäftes von Einfluss ist. Der Satz: „facti ignorantia non nocet" (l. 9 pr. D. de iur. et facti ign. 22, 6) gilt ganz allgemein und lässt sich somit auch auf Darlehen gegen die Senatsvorschrift anwenden, da er nicht ausdrücklich durch den Senatsbeschluss ausgeschlossen ist und auch mit der Tendenz desselben sich vereinigen lässt. Wie wir bereits gesehen, enthält das Senatusconsult ein Verbot, Gelddarlehen an Hauskinder zu geben; die Entziehung der Klage gilt als Strafe wegen Uebertre-

tung des Verbotes. Es fordert die Billigkeit, dass diese Strafe denjenigen nicht treffe, welcher sich in einem entschuldbaren Irrthum, sei es über die Hauskindeigenschaft des Darlehnsempfängers, sei es über die väterliche Einwilligung in die Darlehnsaufnahme, oder über andere factische Momente, z. B. das Dasein eines peculium castrense, befindet. Zwar lässt es sich nicht leugnen, dass auch im Falle einer gerechtfertigten Unkenntniss *) des Gläubigers eine Wiederkehr der verderblichen Wirkungen der Gelddarlehen nicht ausgeschlossen ist; indessen dürften solche Fälle nur ausnahmsweise vorkommen, und würde die Entziehung der Klage in diesem Falle offenbar ein odium creditorum bekunden, während schon die Forderung der Entschuldbarkeit des Irrthums beweist, dass das Senatusconsult keine Strafbestimmung in erster Linie ist (Mandry S. 446). Für die hier vertretene Ansicht spricht endlich der Umstand, dass die römischen Juristen, wohl mit Bezugnahme auf die Worte des Senatusconsultes: „qui pessimo exemplo foenerarent" (vgl. Dückers S. 143), die

---

*) Diesen Ausdruck schlägt Ryck (S. 120) vor, weil der Begriff „entschuldbarer Irrthum" zu eng ist.

Senatsvorschrift ausdrücklich cessiren lassen bei entschuldbarem Irrthum des Gläubigers über die Hauskindeigenschaft des Darlehnsempfängers. Was die Quellen über diesen Irrthum sagen, gilt von jedem factischen Irrthum, insbesondere die Voraussetzung, dass die Unkenntniss eine entschuldbare sei. Mit Recht bezeichnet Dückers (S. 142-145) die in den Quellen enthaltenen Entscheidungen nur als Beispiele und will dieselben auf jede gerechtfertigte factische Unkenntniss analog angewendet wissen (A. M. Dietzel S. 26 ff., nach welchem nicht der Irrthum des Gläubigers, sondern lediglich das publice patremfamilias videri massgebend ist).

Nach l. 19 D. h. t. (vgl. l. 3 pr. ibid.) findet das SC. Macedonianum nur Anwendung, wenn der Gläubiger wusste oder wissen musste, d. h. Kraft eines unentschuldbaren Irrthums nicht wusste, dass der Darlehnsempfänger sich in väterlicher Gewalt befinde. Somit cessirt die Senatsvorschrift, wenn der Irrthum ein entschuldbarer ist. Unrichtig ist dagegen die Behauptung, dass der Dolus des Hauskindes allein genüge, um die Anwendung des Senatusconsultes auszuschliessen (so Ryck S. 120 f., welcher jedoch zugiebt, dass dies dann nicht stattfinden könne, wenn es der ratio senatusconsulti widerstreite).

In l. 1 C. h. t. ist ausdrücklich anerkannt, dass das lügenhafte Vorgeben eines Hauskindes, es sei selbständig, nur dann vom Gläubiger als Entschuldigung vorgebracht werden könne, wenn er beweise, dass er durch dasselbe wirklich getäuscht worden sei. Obgleich nun eine derartige Lüge des Hauskindes an sich noch kein Dolus ist, so ist doch die Berufung auf das Senatusconsult seitens des Hauskindes in diesem Falle entschieden dolos. Und doch ist eine solche Berufung dem Hauskinde gestattet, wenn der Gläubiger die Hauskindeigenschaft des Darlehnsempfängers kannte oder kennen musste. Dies ergiebt sich ebenfalls aus der l. 1 C. cit. und ist auch leicht erklärlich, wenn man bedenkt, dass sonst das Senatusconsult sehr leicht umgangen werden könnte. Für die entgegengesetzte Ansicht scheint l. 4 §. 14 D. de doli mali et met. exc. 44, 4 zu sprechen, da dieselbe gegen die exceptio SC-i Macedoniani eine replicatio doli für zulässig erklärt, aber Voraussetzung ist auch hier, dass ein entschuldbarer Irrthum des Gläubigers vorgelegen habe. Im unmittelbar vorhergehenden §. 13 nämlich wird ausgeführt, dass gegen eine exceptio doli eine replicatio doli unzulässig sei u. zw. weil es ungerecht wäre, bei beiderseitigem Dolus des Klägers und des Beklagten dem Kläger

durch Gewährung der replicatio doli die Durchführung seines Anspruches zu ermöglichen. Nun aber liegt ein Dolus des Klägers schon dann vor, wenn er eine Klage anstellt, die durch eine Einrede entkräftet werden kann (l. 2 §. 5 e. t.), und würde somit im vorliegenden Fall der Gläubiger schon durch Anstellung der condictio ex mutuo gegen das Hauskind, von welchem er wusste oder wissen musste, dass es zur Zeit der Darlehnsaufnahme nicht selbständig war, einen Dolus begehen; er könnte folglich die vom Hauskinde, welchem auch ein Dolus zur Last fällt, vorgeschützte exceptio SC-i Macedoniani – diese steht hier mit der exceptio doli auf gleicher Linie – durch eine replicatio doli nicht entkräften. Andere, welche die hier vertretene Ansicht theilen, verstehen die l. 4 §. 14 cit. dahin, dass die replicatio doli der exceptio senatusconsulti dann entgegengehalten werden könne, wenn das Hauskind diese Einrede dolos vorschütze, während das Darlehn nicht unter das Verbot des Senatsbeschlusses falle (so Mandry S. 445, Dückers S. 146; dagegen Ryck a. a. O.). Auch durch l. 10 D. de re iud. 42, 1 (welche mit der von Ulpian l. 4 §. 1 D. quod cum eo 14, 5 angeführten Entscheidung Marcells identisch ist) lässt sich die entgegengesetzte

Ansicht nicht vertheidigen. Marcellus sagt hier bloss, dass ein Haussohn, welcher sich bei der Darlehnsaufnahme lügenhaft für einen paterfamilias ausgegeben, im Fall der Emancipation oder der Exheredation keinen Anspruch auf das beneficium competentiae habe, u. zw. propter mendacium. Aber auch hier ist Voraussetzung der Condemnation des Hauskindes, dass der Gläubiger durch die Lüge getäuscht worden sei (vgl. Dückers S. 146). – Ryck (S. 121) sucht zu beweisen, dass ein Dolus des Hauskindes auch ohne Irrthum des Gläubigers möglich sei, jedoch ist das von ihm hierfür angeführte Beispiel (Schuldner „überzeugt" den Gläubiger von der väterlichen Einwilligung in die Darlehnsaufnahme durch gefälschte Schriftstücke und dergl.) unglücklich gewählt oder unrichtig ausgedrückt. Ist der Gläubiger wirklich getäuscht worden, so kann er die exceptio senatusconsulti durch replicatio doli entkräften; andernfalls würde er selbst durch Anstellung der Darlehnsklage dolos handeln.

Der Grund für die Unzulässigkeit der replicatio doli ohne vorliegende gerechtfertigte Unkenntniss des Gläubigers liegt, wie bereits oben angedeutet wurde, theils darin, dass durch

Zulassung derselben die Senatsvorschrift leicht illusorisch gemacht werden könnte, theils darin, dass das SC. Macedonianum „zunächst auf den Gläubiger einwirken will," nicht dagegen auf das Hauskind (Mandry S. 446), während das SC. Vellejanum, welches die replicatio doli der exceptio SC-i Vellejani gegenüber zulässt, in erster Linie an die Frauenspersonen, denen es das Intercediren untersagt, gerichtet ist. Das SC. Macedonianum bezweckt nicht Schutz der Hauskinder; dieser Schutz wird ihnen nur indirect zu Theil. Sein unmittelbarer Zweck ist, die Gläubiger vom Creditiren abzuhalten, daher wird ein entschuldbarer Irrthum ihrerseits, aber auch nur dieser, berücksichtigt und ein etwaiger Dolus der Hauskinder an sich als irrelevant betrachtet. Das SC. Vellejanum hingegen verbietet den Frauen direct u. zw. in ihrem eigenen Interesse das Intercediren, kann ihnen aber unmöglich gestatten, ihre Gläubiger zu hintergehen.

Obgleich nun der Dolus des Hauskindes an sich die Ausschliessung der Senatsvorschrift nicht bewirken kann, so kommt er doch als wichtiges Moment für die Entschuldbarkeit des Irrthums des Gläubigers in Betracht (vgl. Mandry S. 444, Dückers

l. 14b). Freilich genügt das blosse Vorgeben des Schuldners, er sei selbständig, nicht, um den Irrthum des Gläubigers zu einem entschuldbaren zu stempeln, ebensowenig wie die blosse Behauptung eines filiusfamilias, das Darlehn mit Willen des Vaters aufzunehmen, die Anwendbarkeit des Senatsbeschlusses ausschliesst (l. 1 C. h. t. vgl. l. 16 D. h. t.). Damit dem Gläubiger seine Unkenntniss nachgesehen werde, muss er eine iusta ratio gehabt haben, welche ihn bestimmte, der Behauptung des Schuldners Glauben zu schenken. Wann der Irrthum des Gläubigers als entschuldbar gelte, ist quaestio facti. Die in den Quellen enthaltenen Kriterien sind nur Beispiele, die bezüglichen Entscheidungen können absolute Geltung nicht beanspruchen. So wird in l. 3 pr. D. h. t. der Fall angeführt, wo der Haussohn öffentlich als selbständig gilt, in l. 3 §. 1 eod. die Anwendbarkeit des Senatsbeschlusses als ausgeschlossen bezeichnet, wenn ein Haussohn publicanus ist. Dabei muss immer festgehalten werden, dass auf diese Momente an sich nichts ankommt, wenn auf Seiten des Gläubigers kein Irrthum vorliegt. Kannte der Gläubiger die Hauskindeigenschaft des Darlehnsempfängers, so greift auch im Fall der l. 3 §. 1 cit. das Senatusconsult

Platz (a. M. Unterholzner §. 72. K). Liegt dagegen eine Unkenntniss des Gläubigers vor, so gilt sie in der Regel als gerechtfertigt, wenn die erwähnten Momente vorhanden sind. Die von Donellus (XII c. 26 §. 7) aufgezählten Mittel zur Beseitigung der Unkenntniss können nicht als hinreichend bezeichnet werden. Es lässt sich kaum erschöpfend angeben, unter welchen Umständen der Irrthum dem Gläubiger nachgesehen werden könne; vielmehr wird je nach der Sachlage der Gläubiger zu grösserer oder geringerer Aufmerksamkeit verpflichtet sein.

Dem entschuldbaren factischen Irrthum steht gleich jede Unkenntniss minderjähriger und unmündiger Personen, wobei es gleich ist, ob dieselbe error iuris oder error in facto ist (l. 3 §. 2 D. h. t. vgl. l. 9 pr. D. de iur. et facti ign. 22, 6). Hier wird man wohl auch von der Entschuldbarkeit eines solchen Irrthums absehen können. Wo aber weder eine iuris noch eine facti ignorantia vorliegt, steht die exceptio S-i Macedoniani auch dem Minor entgegen, wenn er keinen Curator hatte oder mit Consens des Curators das Darlehn gab. Auch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird man ihm in diesem Fall in der Regel versagen müssen, da er sich ja

nicht in Unkenntniss befand und somit dolos handelte (vgl. Arndts §. 119 und l. 9 §. 2. 5 D. de min. 4, 4).*) Anders verhält es sich, wenn ein Unmündiger oder ein Minderjähriger ohne Consens seines Curators das Darlehn hingiebt (s. oben die Anm. auf S. 27 und S. 48). Im Uebrigen haben Minderjährige, wie aus l. 3 §. 2 D. h. t. zu folgen scheint, die Wahl zwischen Anstellung der condictio ex mutuo und dem Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Im Fall einer gerechtfertigten Unkenntniss des Gläubigers cessirt das Senatusconsult (l. 3 pr. D. h. t.: „cessabit senatusconsultum"), daher steht die Einrede weder dem Sohne noch dem Hausvater noch dritten Personen zu u. zw. auch dann, wenn der Gläubiger durch eine Lüge des Hauskindes getäuscht wurde, da nicht diese Lüge an sich, sondern nur der entschuldbare Irrthum des Gläubigers in Betracht kommt (Unterholzner §. 73 Anm. c., Dückers S. 147, Ryck S. 121; dagegen Glück S. 350 Nr. 2, welcher im letzteren Fall nur dem Sohne die exceptio versagt wissen will).

Es erübrigt uns noch, einige Entscheidungen zu besprechen,

---

*) Dies wird, wie es scheint, von allen verkannt.

welche in l. 7 §. 7 und §. 8 enthalten sind. Die l. 7 § 7 cit. lautet: „Proinde et si alius mutuam dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit. sed et si alteruter eorum ignoravit in patris esse potestate, severius dicendum est utrique nocere. idem est et in duobus reis stipulandi."

Diese Stelle, deren Erklärung Mandry (S. 448) für einfach hält, bietet nicht unerhebliche Schwierigkeiten. In ihr werden zwei Fälle gesondert behandelt. Der erstere enthält eine Entscheidung über den Einfluss der <u>scientia</u> des einen von zwei Correalgläubigern, von denen der eine das Geld hingegeben, der andere dasselbe stipulirt hat. Im zweiten Fall wird dieselbe Entscheidung bezüglich zweier <u>rei stipulandi</u> getroffen. Dass im ersten Fall nicht von einer Novation durch Delegation die Rede sein kann, beweist l. 19 D. de novat. et del. 46, 2, wo ausdrücklich gesagt ist, dass dem Delegatar die <u>exceptio senatusconsulti</u> nicht entgegenstehe. Der Dietzelsche (S. 95 f.) Vereinigungsversuch dieser beiden Stellen, den auch Seydel (S. 48) für befriedigend erklärt, ist ganz unzulässig (vgl. Schwanert S. 358 Anm. 58). Auch die Worte <u>utrique nocere</u> weisen darauf hin, dass hier nicht von <u>einem</u> Gläubiger, sondern

von zwei an sich klagberechtigten Personen die Rede ist, wodurch die Ansicht Schwanerts a.a.O. und Dreckers' (S. 150–152), welche in diesem Fall an ein Darlehnsgeschäft denken, aus dem nicht der Darlehnsgeber, sondern ein Dritter berechtigt sein solle, widerlegt wird. Diese Bedeutung von utrique nocere wird mit Recht von Mandry (S. 448) betont; wenn er aber von Correalität zwischen den Gläubigern spricht, so lässt sich eine solche wohl nicht annehmen, wenn man den einen Gläubiger nur das Geld hingeben lässt (ohne ihn zugleich stipuliren zu lassen), den anderen als den Stipulator betrachtet. Und doch muss man hier an Correalität denken, wenn man die Entscheidung des §. 7 cit. rechtfertigen will (s. unten), u. zw. so, dass man annimmt, dass von den beiden Gläubigern der eine das Geld hingiebt und es zugleich stipulirt, der andere nur die Stipulation vornimmt. Dieser Annahme scheint der Zusatz: „idem est et in duobus reis stipulandi" zu widersprechen, da er etwas Ueberflüssiges enthalten würde, wenn in demselben genau derselbe Fall behandelt wäre. Vielleicht möchte folgende Erklärung den Widerspruch beseitigen. Im ersteren Fall ist die Rede von zwei Correalgläubigern, von denen der eine reus credendi (und stipulandi), der

andere nur reus stipulandi ist. Der zweite Fall dagegen spricht von zwei Correalgläubigern, welche beide nur rei stipulandi sind, also nur accessorisch das von einem Dritten hingegebene Geld stipuliren, und bezüglich derselben wird gesagt, dass auch in diesem Falle das Wissen des einen dem anderen schade, obgleich keiner von beiden der Darlehnsgeber ist. Fassen wir das Gesagte zusammen, so lautet die Entscheidung des l. 7 cit. ganz allgemein: bei mehreren Correalgläubigern wird keinem seine entschuldbare Unkenntniss nachgesehen, wenn nur einer von ihnen die Hauskindeigenschaft des Darlehnsempfängers kannte oder kennen musste.

Diese Entscheidung widerspricht dem allgemeinen Princip (l. 5 D. 22, 6: „iniquissimum videtur cuiquam scientiam alterius quam suam nocere") und wird durch die ratio senatusconsulti nicht genügend gerechtfertigt (vgl. dagegen Dückers S. 152, Ryck S. 118, Mandry S. 448); denn dieselbe ratio müsste dazu führen, auch bei der Delegation die exceptio dem Delegatar gegenüber für zulässig zu erklären (vgl. dagegen Schwanert S. 357 und Ryck S. 119), und würde sich als Zweck des Senatsbeschlusses Schutz der Hauskinder

und ihrer Väter oder odium creditorum ergeben, was nicht der Fall ist. Wendet man ein, dass diese Bestimmung zur Vermeidung von Umgehungen des Senatusconsultes getroffen wurde (so Ryck S. 118, Mandry S. 448), so ist darauf zu erwidern, dass eine fraus contra senatusconsultum schon an sich genügt, um die Senatsvorschrift nicht cessiren zu lassen, und dass im Fall des §. 7 cit. nicht nothwendig an eine fraus gedacht zu werden braucht, da das blosse Wissenkönnen dem Wissen gleichsteht. Auch lässt sich die Begründung nicht rechtfertigen, welche sich auf das Vorhandensein eines Geschäftes stützt (Schwanert S. 358 Anm. 58, Dückers S. 151; dagegen Ryck S. 118; vgl. Mandry S. 449) mit Berufung auf l. 6 §. 1, l. 7 D. de nov. et del. 46, 2; l. 126 §. 2 D. de V. O. 45, 1, da in den angeführten Stellen von dem Fall der datio pecuniae und stipulatio durch verschiedene Personen nicht die Rede ist.*) Somit bleibt nichts anderes übrig, als den Grund in der Natur der Correalobligation zu suchen (so Mandry S. 449, Donellus XII c. 26 §. 8 und Glück S. 352, welche letzteren jedoch

---

*) Vollends unzulässig ist diese Annahme, wenn man den Darlehnsgeber nicht zugleich stipuliren lässt; denn dann würde

ohne Grund annehmen, dass der Darlehnsgeber, auf dessen Seite die scientia vorlag, zuerst klagt; dagegen Ryck a. a. O.). Mehrere Correalgläubiger gelten als ein Gläubiger; hat einer von ihnen den Schuldner belangt, so können die übrigen die Klage aus der Correalobligation nicht mehr anstellen, und wenn bei Correalschuldnern das Verschulden des einen dem anderen schadet (l. 18 D. de duob. reis 45, 2 vgl. Arndts §. 250 a. E.), so lässt sich dies analog auf die scientia des einen von mehreren Correalgläubigern anwenden (a. M. Donellus und Glück a. a. O.).

Einfacher ist die Entscheidung des umgekehrten Falls in l. 7 §. 8 D. h. t.: „Item si duos filios familias accepero reos, sed alterum putavi patrem familias, intererit, ad quem pecunia pervenit, ut, si eum scivi filium familias, ad quem pervenit pecunia, exceptione summovear, si ad eum, quem ignorem,

---

(da, wie aus den Worten utrique nocere folgt, beide Correalgläubiger klagberechtigt sind) der eine die condictio ex mutuo, der andere die condictio ex stipulatu anstellen können, was der Annahme einer verborum obligatio entschieden widerspricht.

non summovear." Wenn also der Gläubiger den einen von zwei gewaltunterworfenen Correalschuldnern irrthümlich für selbständig hielt, so steht ihm die exceptio senatusconsulti nur dann entgegen, wenn derjenige Correus, dessen Hauskindeigenschaft er kannte oder kennen musste, der eigentliche Darlehnsempfänger ist. Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden:

a) der Gläubiger hält den Darlehnsempfänger für selbständig; oder:

b) er hält denjenigen Correus für selbständig, welcher nicht der Darlehnsempfänger ist.

Im ersteren Fall wird beiden Correalschuldnern die Einrede versagt: dem Darlehnsempfänger, weil bezüglich seiner das Senatusconsult wegen des entschuldbaren Irrthums des Gläubigers cessirt, dem anderen Correus aber, weil er kein Gelddarlehn empfing (l. 7 pr. D. h. t.; so Donellus XII c. 26 §. 9. 10, Dueckers S. 148, Dietzel S. 99). Im zweiten Fall hat selbstverständlich der Darlehnsempfänger die Einrede, weil der Gläubiger wusste, dass er sich in väterlicher Gewalt befinde; aber auch sein Correus kann die exceptio vorschützen, obgleich ihn der Gläubiger für selbständig hielt, nach l. 7 pr. cit.: „quoniam et fideiussori filii subvenitur," u. zw. weil er im Fall der Belangung gegen

den gewaltunterworfenen Correus, welcher das Darlehn empfing, regressberechtigt wäre (l. 9 §. 3 D. h. t.; so auch Dietzel S. 100 und Dückers S. 148). Dasselbe gilt, wenn der Gläubiger die Hauskindeigenschaft beider Correalschuldner kannte (Dietzel S. 98, a. M. Donellus XII c. 26 §. 9). Treffen mehrere Correalgläubiger und Correalschuldner zusammen, so gilt einerseits die Regel, dass das Wissen des einen Correalgläubigers den übrigen schade, andrerseits der Satz: „intererit, ad quem pecunia pervenit." Kannte somit einer von den Gläubigern die Hauskindschaft des Darlehnsempfängers, so wird auch den übrigen Gläubigern, selbst wenn sie sich in entschuldbarem Irrthum befanden, die Klage gegen alle Schuldner versagt. Hielten dagegen sämmtliche Gläubiger den Darlehnsempfänger für selbständig, so steht ihnen die Klage auch gegen die übrigen Correalschuldner selbst dann zu, wenn sie die Hauskindschaft letzterer kannten (vgl. Dietzel S. 100).

Ueber die Frage, auf wessen Wissen es ankomme, wenn nicht der Darleiher, sondern ein Dritter, in dessen Namen das Geld hingegeben wurde, rückforderungsberechtigt sein soll, s. Mandry S. 449 f.

Was endlich die Beweisfrage anlangt, d. h. die Frage, wer

das Wissen bez. Nichtwissen des Gläubigers zu beweisen habe, so ist zu bemerken, dass das Wissen des Gläubigers präsumirt wird und ihm der Beweis der sein Nichtwissen rechtfertigenden Gründe obliegt (l. 1C. h. t.), was auch dann gelten muss, wenn der Schuldner sich lügenhaft für selbständig ausgab (Seydel S. 20, Dückers S. 153 f.; a. M. Dietzel S. 31). Die Entgegnung des Schuldners, der Gläubiger habe doch gewusst, hat selbstverständlich der erstere zu beweisen (Ryck S. 119).

III. Wirkungen einer verbotenen Darlehnsaufnahme.

§. 9.

Die Klage aus einem Darlehn gegen den Senatsbeschluss und die exceptio senatusconsulti Macedoniani.

Die Wirkung der Uebertretung des Senatusconsultes ist in den Worten desselben ausgesprochen: „ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur." Demnach wird den Gläubigern aus allen Darlehen, welche gegen die Senatsvorschrift verstossen, jede Klage entzogen. Wie bereits oben (§. 2) gesagt wurde, beziehen sich die Worte actio petitioque auf persönliche und dingliche Klagen.

(a. M. Mandry S. 487). Der Senat wollte nicht nur die condictio ex mutuo dem Gläubiger entzogen wissen, sondern jede Klage, welche auf Grund eines unter sein Verbot fallenden Darlehnsgeschäftes an sich angestellt werden konnte, also unter den persönlichen Klagen auch die condictio certi ex stipulatu gegen das Hauskind und seine Correalschuldner, die actio de peculio gegen den Vater und seine Erben, die actio mandati contraria, actio ex stipulatu und actio constitutoria gegen die Intercedenten des Hauskindes; unter den dinglichen die actio hypothecaria, falls das Hauskind auf Grund des aufgenommenen Darlehns dem Gläubiger ein Pfand bestellt hatte, nicht dagegen die Vindication, weil das Eigenthum an dem dargeliehenen Gelde auf das Hauskind übergeht (so Donellus XII c. 25 §. 4, Dückers S. 36 f; a. M. Glück S. 346 Anm. 88). Mag der Senat auch nicht gerade an alle diese Klagen gedacht haben (Seydel S. 31), so steht es nichtsdestoweniger fest, dass der von ihm absichtlich gewählte allgemein lautende Ausdruck die angeführten Klagen umfasst.

Dem Wortlaute nach ist im Senatsbeschluss von einer denegatio actionis die Rede. Wenn nun die Quellen dennoch

von einer exceptio SC-i Macedoniani sprechen, mithin eine Klage des Gläubigers voraussetzen, so fragt es sich, wie die Senatsvorschrift processualisch Anwendung finde, ob sie ipso iure oder nur ope exceptionis wirke. Das SC. Macedonianum fällt in die Zeit des römischen Formularprocesses, galt aber auch noch, als dieser durch den Kaiserprocess verdrängt wurde. Der Formularprocess zerfiel bekanntlich in das Verfahren in iure und das Verfahren in iudicio. Der Prätor war es, welcher in iure den Parteien die Klagformel ertheilte oder verweigerte; an ihn sind somit die oben angeführten Worte des Senatusconsultes gerichtet; er wird angewiesen, dem Kläger die actio zu versagen, wenn das Darlehn unter das Verbot der Senatsvorschrift falle (vgl. Mandry S. 465). Daraus folgt aber noch nicht, dass er ex officio zu untersuchen habe, ob die Voraussetzungen der Anwendung des Senatsbeschlusses vorliegen: dies ist Sache des Richters, wenn die exceptio in die Formel aufgenommen wurde (so Glück S. 347, Dietzel S. 105, Dückers S. 43 ff., Ryck S. 103, Mandry S. 469; a. M. Sintenis §. 108 Anm. 40). Selbst wenn es in iure feststehen sollte, dass der Darlehnsempfänger ein Haussohn

sei, kann der Prätor aus diesem Grunde die Formel nicht versagen, weil er nicht wissen kann, ob nicht auch in diesem Fall Thatsachen vorliegen, welche das Senatusconsult cessiren lassen. Schützt dagegen der Beklagte in iure die exceptio vor, und stellt der Kläger derselben keine replicatio entgegen, so muss der Prätor die Klage verweigern, vorausgesetzt dass der Thatbestand, auf welchen sich der Beklagte beruft, unbestritten ist. Sind die Processvoraussetzungen bestritten oder schützt der Beklagte keine Einrede vor, so muss der Prätor die Formel ertheilen und die nöthigen Ermittlungen dem iudex überlassen. Im späteren Kaiserprocess gestaltet sich die Sache noch einfacher. Das Verfahren ist in der Hand des Magistrats concentrirt, die formula kommt in Wegfall. Auch hier darf der Magistrat die Klagschrift des Gläubigers nicht zurückweisen, weil sich erst aus dem Verfahren ergeben kann, ob sie eine begründete ist. Von einer Entziehung der Klage kann somit keine Rede sein. Es folgt, dass die Senatsvorschrift nur ope exceptionis wirkt, und darf diese Ansicht als die herrschende bezeichnet werden (Glück S. 346 ff., Donellus XII c. 25 § 3, Schwanert S. 345, Dietzel S. 104, Dückers S. 37 ff., Seydel S. 32,

Ryck S. 103, Mandry S. 466 ff., Windscheid §. 373 Nr. 5; a. M. Sintenis §. 108 Anm. 40). Sie widerspricht auch nicht dem Wortlaut des Senatsbeschlusses, denn der Gläubiger hat materiell auch dann keine Klage, wenn dieselbe durch eine Einrede entkräftet wird (l. 112 D. de R. J. 50, 17: „nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur;" s. Schwanert S. 346). Daher werden auch die Ausdrücke: „deneganda est actio" (sc. creditori) und „dabitur exceptio" (sc. adversus creditorem) promiscue von Ulpian gebraucht (s. l. 7 §. 6 und 7 D. h. t.). Dem entsprechend wird auch im Folgenden nur von der exceptio SC-i Macedoniani die Rede sein.

Das Senatusconsult bestimmt nicht, gegen wen die Klage dem Gläubiger entzogen sein solle, m. a. W. wem die Einrede zustehe; es sagt ganz allgemein: „ne actio petitioque daretur." Schon daraus ist ersichtlich, dass die exceptio SC-i Macedoniani eine exceptio rei cohaerens ist, d. h. dass sie nicht nur dem Hauskind selbst, sondern allen Personen zusteht, welche aus einem Gelddarlehn an ein Hauskind verpflichtet sind. Daher hat sie ausser dem letzteren der Gewalthaber, welcher sonst aus Contracten

seiner gewaltunterworfenen Kinder accessorisch verpflichtet wird; er kann jedoch die Einrede nur dann vorschützen, wenn er mit der *actio de peculio*, nicht dagegen, wie Mandry (S. 487) annimmt, wenn er mit der *actio tributoria* belangt wird arg. l. 7 §. 11 D. h. t. („vel peculiarem exercere passus est"). Den übrigen *actiones adiecticiae qualitatis* kann sie nicht entgegengesetzt werden, weil das Senatusconsult wegen väterlichen Consenses oder *in rem versio* cessirt (l. 6 pr. C. h. t., l. 7 §. 10 D. h. t.). Dem widerspricht nicht l. 1 pr. C. ne fil. pro patre 4, 13, weil die richtige Lesart ist: „neque contra senatusconsultum," nicht aber „neque si contra" (vgl. Dückers S. 47 f.). Ferner steht die Einrede den Erben des Hauskindes (l. 7 §. 10 cit.) und, wie man analog folgern darf, auch den Erben des Vaters (vgl. Glück S. 342, Unterholzner §. 72. A, Mandry S. 482 Z. 4) und überhaupt den Erben aller exceptionsberechtigten Personen zu. Da endlich alle *exceptiones rei cohaerentes* – wie aus l. 7 §. 1 D. de exc. 44, 1 folgt – auch auf die Bürgen des Schuldners übergehen, so gilt dies auch von der *exceptio SC-i Macedoniani* (l. 7 §. 1 cit.: „idem dicitur et si pro filio familias contra senatusconsultum quis fideiusserit" vgl. l. 7 §. 1 D. h. t.: „quoniam et fideiussori filii subvenitur").

Die Bürgschaft für die Darlehnsschuld eines Hauskindes kann sein fideiussio, constitutum debiti alieni oder mandatum qualificatum (vgl. l. 12 §. 13 D. mand. 17, 1); in allen diesen Fällen steht dem Bürgen die Einrede zu, wenn er, wie dies in der Regel der Fall ist, gegen den gewaltunterworfenen Darlehnsempfänger regressberechtigt ist (l. 9 §. 3 D. h. t.). Hat er dagegen keinen Rückgriff (actio mandati oder negotiorum gestorum contraria s. Windscheid §. 481 Anm. 3 und die daselbst citirten Stellen) gegen das Hauskind, so hat er auch keine exceptio. Daher haftet er, wenn er donandi animo für das Hauskind intercedirt (l. 9 §. 3 cit.) oder wenn er fideiussor in rem suam ist (s. Arndts §. 356 a. A. und l. 24 D. de pact. 2, 14), weil er in diesen Fällen keinen Regress hat. Aus demselben Grunde haftet er auch, wenn er sich freiwillig u. zw. ohne Einwilligung bez. patientia des Hauskindes für dasselbe verbürgt (Dückers S. 51, dagegen Seydel S. 35); er haftet nicht, wenn er zwar ohne Aufforderung, aber doch mit stillschweigender Zustimmung des Hauskindes intercedirt, weil ~~ihm~~ dann gegen letzteres die actio mandati zusteht nach l. 18 D. mand. 17, 1: „qui patitur ab alio mandari, ut sibi credatur, mandare intellegitur" (vgl.

Seydel S. 35). Nach l. 12 §. 13 D. mand. 17, 1 haftet der Bürge auch dann, wenn er den Gläubiger bestimmt, einem Hauskind ein Darlehn zu geben, und die Gefahr dabei übernimmt. Dückers (S. 51) stellt den allgemeinen Satz auf: „toties regressui locum non esse, quoties fideiussor non ignarus condicionis filiif. eo consilio, ut creditorem ab exceptione et damnis Sci tutum praestet, intercedit." Dagegen opponirt Seydel (S. 34), übersieht aber, wie mir scheint, die Clausel: „non ignarus condicionis filiif."

Daraus, dass nur dem regressberechtigten Bürgen die Einrede gewährt wird, lässt sich nicht folgern, dass Schutz der Hauskinder Zweck des Senatsbeschlusses sei. Es ist vielmehr selbstverständlich, dass kein Grund vorliegt, dem Bürgen auch dann die Einrede zu gewähren, wenn er allein haften will oder soll, da in diesem Fall er als der eigentliche Schuldner gilt (l. 24 D. cit.: „fideiussor pro reo accipiendus est"). *) Aus demselben Grunde kann auch der dominus

*) Das Gleiche gilt bei der exceptio pacti de non petendo (l. 32 D. de pact. 2, 14); anders beim SC. Velleianum nach der Meinung Julians (l. 16 §. 1 D. ad SC. Vell. 16, 1).

eines gewaltunterworfenen institor, welcher ein Gelddarlehn empfing, von der Einrede keinen Gebrauch machen (l. 7 §. 1 D. h.t.), weil das Darlehn in seinem Namen aufgenommen wurde. Intercedenten eines Hauskindes haben auch dann keine exceptio, wenn sie sich volente patre für dasselbe verbürgt haben, u. zw. nicht etwa, als hätten sie keinen Regress gegen das Hauskind, sondern weil die Einwilligung des Vaters als Einwilligung in die Darlehnsaufnahme gilt und auch das Hauskind in diesem Falle haftet (l. 9 §. 3 D. h.t.). Endlich steht die Einrede auch demjenigen zu, welcher für einen gewaltunterworfenen Darlehnsempfänger seine Sache verpfändet hat, nach l. 2 i. f. D. quae res pign. 20, 3 (vgl. Seydel S. 36) sowie auch dem dritten Pfandbesitzer, wenn er gegen den Pfandbesteller, welcher die exceptio hatte, regressberechtigt ist (Schwanert S. 355).

Die Einrede aus dem S. Macedonianum ist eine exceptio in rem, d. h. sie kann nicht nur dem Darlehnsgeber selbst, sondern jedem entgegengesetzt werden, welcher auf Grund eines verbotenen Darlehnsgeschäfts die Klage erhebt. Daher steht sie auch solchen Correalgläubigern entgegen, welche kein Darlehn an ein Hauskind gegeben (l. 7 §. 7 D. h.t.), ferner

dem Cessionar (l. 175 §. 1, l. 177 pr. D. de R. J. 50, 17 vgl. Dückers S. 56), endlich den Erben des Darlehnsgebers (l. 7 §. 6 D. h. t.) sowie überhaupt aller klagberechtigten Personen, nicht dagegen dem Delegatar (s. u. §. 10).

Endlich ist die <u>exceptio SC-i Macedoniani</u> – wie überhaupt alle auf Gesetz beruhenden Einreden (l. 3 D. de exc. 44, 1) – eine <u>exceptio perpetua s. peremptoria</u>. Sie steht daher dem Sohne nicht nur <u>durante potestate</u>, sondern auch dann noch zu, wenn er durch den Tod des Vaters selbständig geworden. Dies ist im Senatusconsult ausdrücklich ausgesprochen („etiam post mortem parentis"). Ulpian fügt noch hinzu (l. 7 §. 5 D. h. t.): „sed et si patri eius non mors, sed alia causa inciderit, quo minus sit in civitate, dicendum senatus consulto locum esse." Danach hat der Sohn die <u>exceptio</u>, wenn sein Vater durch bürgerlichen Tod die väterliche Gewalt eingebüsst hat, sowie auch dann, wenn ersterer durch Emancipation selbständig geworden ist (vgl. Theophilus l. c.). Der Vater kann die Einrede auch nach dem Tode des Hauskindes vorschützen (l. 7 §. 10 D. h. t.).

Privilegirt ist die <u>exceptio SC-i Macedoniani</u> insofern, als sie noch nach der Condemnation vorgeschützt, also der <u>actio iudi-</u>

cati entgegengesetzt werden kann (l. 11 D. h. t.), während sonst die nicht vorgeschützten Einreden durch das Urtheil aufgehoben werden (l. 2 pr. C. sent. resc. non posse 7, 50). Die l. 11 cit. spricht zunächst nur von den Intercedenten, woran sich die gleiche Bestimmung bezüglich des Hauskindes anschliesst. Was die Intercedenten anlangt, so können sie die Einrede nur dann in der Executionsinstanz vorschützen, wenn sie die Geltendmachung derselben früher irrthümlicherweise versäumt haben, weil sie nur dann einen Rückgriff gegen das Hauskind haben (l. 10 § 12 D. mand. 17, 1). Dies scheint Dückers (S. 52) zu übersehen. Liegt in dem Nichtvorschützen der Einrede ein Verzicht auf dieselbe, so hat der Bürge keinen Regress mehr und kann die exceptio der actio iudicati nicht entgegensetzen. Donellus (XII c. 25 § 12) erblickt in dem Nichtvorschützen der Einrede durch den Hausvater oder den selbständig gewordenen Sohn allemal einen Verzicht auf die exceptio. Ich glaube, dass das Privileg auch diesen zu Gute kommt, wenn sie aus Versehen von der Einrede keinen Gebrauch machten (vgl. Glück S. 348 Anm. 92, Dietzel S. 106, Mandry S. 490). Ueber die Wirkung der Litiscontestation und des Urtheils bei Belangung des Hauskindes auf die Einrede

des Bürgen s. Dietzel S. 115–117 und Dückers S. 52–55.

Irrelevant ist für die Geltendmachung der Einrede, ob das dargeliehene Geld bereits consumirt oder noch im Peculium vorhanden ist (l. 9 § 2 D. h. t.).

In den Fällen, in denen das Senatusconsult cessirt, steht weder dem Hauskinde noch dem Vater noch dritten Personen die exceptio senatusconsulti zu; unrichtig ist es daher, wenn Glück (§. 109) bald nur dem Sohne, bald dem Vater und dem Sohne die Einrede entzogen wissen will (vgl. Dietzel S. 108–111).

---

§. 10.

Die naturalis obligatio aus einem verbotenen Darlehnsgeschäft und ihre Wirkungen.

Eine Obligation, welche ipso iure oder ope exceptionis der Klagbarkeit entbehrt, ist entweder eine völlig unwirksame, nichtige (obligatio nulla, inanis, inefficax) oder aber nur eine nicht vollwirksame, unvollkommene Obligation (obligatio tantum naturalis) vgl. Salkowski §. 106. I. b. Die blosse Klagentziehung hat also nicht immer völlige Vernichtung der Obligation zur Folge, kann dies aber zur Folge haben, wie dies beispielsweise im SC. Vellejanum der Fall ist (vgl.

l. 8 §. 9 D. ad SC. Vell. 16, 1). Danach sind die Worte des SC. Macedonianum: „ne actio petitioque daretur" nicht gleichbedeutend mit den Worten des SC. Velleianum: „ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur." Das SC. Macedonianum verfolgte den Zweck, das Darleihen an Hauskinder zu verhindern; dieser Zweck sollte dadurch erreicht werden, dass den Gläubigern die Klage entzogen wurde. Weiter wollte der Senat nicht gehen, da die Klagentziehung zur Erreichung seines Zweckes als genügend erschien; daher erklärte er die Verbindlichkeit aus einem verbotenen Darlehnsgeschäft nicht für nichtig: hierin würde offenbar ein Schutz der Hauskinder liegen, und dieser Schutz ist, wie bereits öfters hervorgehoben wurde, nicht Zweck der Senatsvorschrift (l. 9 §. 4 D. h. t.). Es wird im Gegentheil eine – wenn auch nicht klagbare, also nicht vollwirksame – Verbindlichkeit anerkannt, welche Paulus (l. 10 D. h. t.) als <u>obligatio naturalis</u> bezeichnet.

Anders das SC. Velleianum. Von demselben sagt Ulpian (l. 2 §. 2 D. 16, 1): „opem tulit mulieribus propter sexus imbecillitatem," erklärt also unzweideutig, dass Schutz der Frauen Zweck des Senatusconsultes sei, weswegen seine verschiedene Wirkung – die totale Vernichtung der Obli-

gation einer gegen den Senatsbeschluss intercedirenden Frau begreiflich erscheint. Auch in den Quellen wird diese verschiedene Wirkung der beiden Senatusconsulte in der hier angegebenen Weise begründet. Ulpian sagt in l. 19 pr. D. de cond. ind. 12, 6: „Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet et ideo solutum repeti non potest." Dasselbe sagt Marcian in l. 40 pr. D. eod.: „nam si quidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatus consulto de intercessionibus; ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit et pater familias factus solverit, non repetit" (vgl. auch l. 9 §. 4 D. h. t.).

Während also im Allgemeinen das Darlehn eine obligatio civilis erzeugt, ist die Verbindlichkeit aus einem mutuum contra SC. Macedonianum nur eine natürliche. Inwiefern hieraus ein allgemeines Princip über die Entstehung und das Wesen der natürlichen Obligation hergeleitet werden kann, lasse ich dahingestellt. Es mag hier der Hinweis darauf genügen, dass die

Existenz einer natürlichen Verbindlichkeit aus einem Darlehn gegen den Senatsbeschluss in den Quellen ausdrücklich anerkannt ist (s. l. 10, l. 18 D. h. t., l. 19 pr. D. de cond. ind. 12, 6). Im Uebrigen verweise ich auf Schwanert (S. 17), Dückers (S. 11) und Mandry (S. 470–475).

Die Wirkungen der naturalis obligatio aus einem unter das Verbot der Senatsvorschrift fallenden Darlehn sind folgende: die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners gewährt dem Gläubiger die soluti retentio; für dieselbe können Bürgen und Pfandrechte bestellt werden; sie kann giltig novirt und constituirt werden; endlich können mit derselben Gegenforderungen des Gläubigers compensirt werden. Ueber diese verschiedenen Wirkungen wird im Folgenden einzeln gehandelt werden.

1. Zahlung. Obgleich die Einrede aus dem SC. Macedonianum eine exceptio perpetua ist und von der letzteren die Regel gilt: „qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest" (l. 40 pr. D. 12, 6), so ist doch die Rückforderung dessen, was auf Grund eines Darlehns gegen den Senatsbeschluss dem Gläubiger

gezahlt wurde, ausgeschlossen, weil die Einrede eine exceptio in odium eius cui debetur, also nicht zu Gunsten des Beklagten gegeben ist, und das Darlehn gegen den Senatsbeschluss eine natürliche Verbindlichkeit erzeugt. So heisst es auch in den Quellen: „quamquam autem solvendo non repetant, quia naturalis obligatio manet...." (l. 9 §. 5 l. 10 D. h. t.). Die Schuld aus einem Darlehn gegen die Senatsvorschrift gilt als ein debitum (Schwanert S. 192), wie überhaupt jede natürliche Schuld: „debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intellegenda est" (l. 64 D. 12, 6). Daher ist die condictio indebiti unter allen Umständen ausgeschlossen.

Die Zahlung kann eine wissentliche oder eine irrthümliche sein; dies ist jedoch für die Zulässigkeit der soluti retentio irrelevant; denn ist die wissentliche Zahlung eines indebitum giltig (l. 1 §. 1 D. 12, 6: „si sciens se non debere solvit, cessat repetitio"), so ist sie noch weit eher giltig, wenn die Schuld ein naturaliter debitum ist (vgl. Unterholzner §. 72 Anm. n. 1. B). Irrelevant ist es auch, ob die Schuld des Haussohnes durch den Vater, durch Intercedenten oder durch den Haussohn selbst bezahlt wird (Mandry S. 502). Denn

Vater steht schon deswegen kein Rückforderungsrecht zu, weil die durch ihn erfolgende Zahlung eine Ratihabition involvirt (s. oben S. 62 f.); dass aber der Bürge das Gezahlte nicht zurückfordern könne, ist in l. 9 §. 4. 5 D. h. t. ausdrücklich anerkannt. Hat er gezahlt, ohne von der ihm zustehenden Einrede Gebrauch zu machen, so kann er auch gegen den filiusfamilias nicht regrediren (vgl. Seydel S. 40 f.; Dückers S. 96 f.), aber wohl nur dann, „si sciens id fecit" (l. 10 §. 12 D. 17, 1). Die Zahlung durch den Haussohn durante potestate ist nur dann giltig, wenn er mit eigenem Gelde (als Inhaber eines pec. castrense u. s. w.) zahlt. Bezahlt er seine Schuld mit väterlichem Vermögen, so ist die Veräusserung nichtig und kann der Vater das Gezahlte zurückfordern. Hierüber sind in den Quellen zwei sich widersprechende Entscheidungen enthalten in l. 9 §. 1 D. h. t. und l. 14 D. de reb. cred. 12, 1. Während die l. 9 §. 1 cit. bestimmt, dass, wenn der Sohn das ihm von einem Dritten geschenkte Geld dem Gläubiger zur Bezahlung seiner Darlehnsschuld gegeben hat, der Vater eine condictio ex omni eventu habe, sagt Ulpian (nicht Marcellus, wie Dückers S. 92 f. annimmt) in l. 14 cit.: „patri nummos vindicanti nulla exceptio obicietur," woran sich

die Entscheidung Marcells anschliesst: „sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait cessare condictionem, quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset: in proposito autem non esset."

Es ist zunächst zu constatiren, dass, wenn die gezahlten Geldstücke noch vorhanden sind, der Vater dieselben vindiciren kann. Die l. 9 § 1 cit. sagt zwar, dass dem Vater die Condiction ex omni eventu, also auch dann, wenn das Geld noch vorhanden, zustehe; aber diese Entscheidung beruht vielleicht auf der abweichenden Ansicht Julians, dass der Vater bei Zahlung aus Peculiarvermögen durch den Sohn (und dieser Fall liegt auch in l. 9 § 1 vor) nur condiciren, nicht vindiciren könne (s. l. 19 D. de fidei. 46,1 und Dückers S. 92 f.). Sind dagegen die nummi durch den Gläubiger consumirt, so kann der Vater gegen denselben die condictio indebiti nicht anstellen. Ohne hier auf die Begründung Marcells, welche in den Worten: „quoniam totiens condictio datur" etc. enthalten ist, näher einzugehen, (s. darüber Schwanert S. 193 und Mandry S. 509 f.), bemerke

ich nur, dass die l. 14 cit. offenbar von der condictio indebiti zu verstehen ist oder dass wenigstens Ulpian die Entscheidung Marcells nur bei der condictio indebiti angewendet wissen will, wie sich dies aus den Worten ergiebt: „denique (= also) per errorem soluti contra senatusconsultum magis est cessare repetitionem" (s. Mandry S. 510). Die condictio indebiti ist aber schon deswegen unzulässig, weil die Schuld des Hauskindes ein debitum ist (Donellus XII c. 28 §. 14). Es fragt sich nun, ob vielleicht die condictio sine causa begründet sei und ob man die l. 9 §. 1 cit. in diesem Sinne verstehen könne. Schwanert (S. 192) verneint diese Frage, Glück (S. 320), Sintenis (§. 108 Anm. 43) und Mandry (S. 510 ff.) halten die condictio sine causa für zulässig. Mandry weist darauf hin, dass der pupillus, welcher ohne Mitwirkung seines Tutors eine Schuld bezahlt, zwar kein Rückforderungsrecht habe, aber dafür durch Liberation entschädigt sei, während bei Zahlung einer Schuld des Haussohnes aus väterlichem Vermögen von einer Liberation des Vaters keine Rede sein könne und der Vater auch keine Ersatzklage gegen den Haussohn habe. Diese Argumentation hat eine gewisse Wahrschein-

lichkeit für sich, und wenn sie richtig ist, so besteht zwischen den beiden angeführten Stellen kein Widerspruch, da nach dieser Annahme die l. 9 cit. von der condictio sine causa zu verstehen wäre. Andrerseits ist es aber nicht unmöglich, dass ein Widerspruch wirklich bestehe, zumal da die Ausführung Mandrys über das Rückforderungsrecht des pupillus nicht ganz unzweifelhaft ist wegen l. 29 D. de cond. ind. 12, 6: „interdum persona locum facit repetitioni, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate vel furiosus vel is, cui bonis interdictum est, solverit: nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur: et si quidem extant nummi, vindicabuntur, consumptis vero condictio locum habebit." Manche (Unterholzner S. 72 Anm. n. 1. A, Donellus XII c. 28 §. 14, Seydel S. 39 f., Windscheid §. 373 Anm. 16) suchen den Widerspruch dadurch zu beseitigen, dass sie annehmen, l. 14 spreche von einer Consumtion, welche bona fide geschehen sei, l. 9 §. 1 dagegen von unredlichem Verbrauch der nummi; doch ist diese Annahme nicht genügend gerechtfertigt. Andere (Dietzel S. 125, Dückers S. 91 ff., Ryck S. 104) nehmen einen unlösbaren Widerspruch an und behaupten, dass Ulpian die verschiedenen Ansichten

Julians und Marcells nur anführe, ohne sie jedoch dadurch für richtig zu erklären. Dritte endlich nehmen in der l. 9 § 1 cit. eine Corruption an (Schwanert S. 194).

Aus dem Gesagten ergiebt sich, dass wenn der Sohn mit väterlichem Gelde seine Darlehnsschuld bezahlt hat, dem Vater die Vindication der noch vorhandenen Geldstücke zusteht. Im Falle eines unredlichen Verbrauchs der nummi durch den Gläubiger wird der Vater auch wohl die actio ad exhibendum haben (s. Drückers S. 92 und Mandry S. 513); ob er jedoch in diesem Falle sowie im Fall einer consumtio bona fide auch die condictio sine causa habe, lässt sich mit Bestimmtheit nicht beantworten. Dagegen kann der Sohn nach Auflösung der väterlichen Gewalt die gezahlten Geldstücke nicht vindiciren (l. 26 § 9 D. 12, 6); wenigstens steht ihm eine exceptio doli des Gläubigers entgegen. Dasselbe muss auch von der condictio (sine causa) des Sohnes gelten.

Endlich ist noch zu bemerken, dass nach l. 8 D. h. t. das vom Curator eines Minderjährigen, welcher als Haussohn ein Darlehn aufgenommen, auf Grund des letzteren irrthümlich Gezahlte zurückgefordert werden kann. Das

Rückforderungsrecht ist aber nicht die condictio indebiti, sondern die condictio sine causa.

2. Bürgschaft. Darüber, dass für die Darlehnsschuld eines Hauskindes Dritte sich giltig verbürgen können, besteht kein Zweifel, da von Bürgen eines gewaltunterworfenen Darlehnsempfängers in den Quellen wiederholentlich die Rede ist. Freilich ist die Haftung des Bürgen davon abhängig, ob er gegen das Hauskind regressberechtigt ist. Davon ist bereits im vorhergehenden Paragraphen gehandelt worden. Unwirksam ist die Bürgschaft, wenn die Bürgenbestellung durch den Haussohn durante potestate erfolgt, d. h. der Bürge hat in diesem Fall die exceptio senatusconsulti. Erfolgt die Bürgenbestellung durch den Hausvater bei Lebzeiten des Sohnes, so haftet der Bürge, kann aber gegen den Hausvater regrediren (l. 9 §. 3 i. f. D. h. t.). Hier greift die Senatsvorschrift nicht Platz, weil in der Bürgschaftsbestellung durch den Vater eine Ratihabition der Darlehnsschuld liegt. Nach dem Tode des Haussohnes ist aber eine Verbürgung Dritter für dessen Schuld unzulässig, weil die Bürgschaft accessorischer Natur ist und die

natürliche Verbindlichkeit des Haussohnes mit seinem Tode erlischt. Haftet dagegen der Vater aus dem Darlehnscontracte des Sohnes _de peculio_ (beispielsweise wenn Consens desselben oder Irrthum des Gläubigers vorlag s. Unterholzner §. 72 Anm. n. a. E., Dietzel S. 62 ff., Dückers S. 72–75, Seydel §. 42 f.), so ist für die civile Schuld des Vaters, welche auch nach dem Tode des Sohnes binnen eines _annus utilis_ eingeklagt werden kann, eine Verbürgung Dritter zulässig (l. 18 D. h. t., l. 11. 12 D. de fidei. et mand. 46,1). Unrichtig ist die Behauptung Windscheids (§. 373 Anm. 15 vgl. Ryck S. 107), dass in den genannten Stellen „die Möglichkeit einer _actio de peculio_ aus einem _gegen den Senatsbeschluss_ gegebenen Darlehn ... anerkannt werde." Die Worte: „plane a patre eius actionis nomine, quae de peculio adversus eum competat, fideiussorem recte accipi" (l. 18 D. cit.) beziehen sich eben auf den Fall, wo das Darlehn nicht unter das Verbot der Senatsvorschrift fällt; an eine _in rem versio_ braucht hier nicht gedacht zu werden. Auch Mandry (S. 488 f.) ist mit der Auffassung Windscheids nicht einverstanden, versteht aber die angeführten Stellen dahin, dass auch im Falle eines Darlehns

gegen den Senatsbeschluss nach dem Tode des Hauskindes für die Schuld des letzteren eine Verbürgung möglich sei, wenn gegen den Vater eine, wenn auch nicht exceptionsfreie, actio de peculio begründet ist. Dem widerspricht l. 11 D. 46, 1 (vgl. Dückers S. 75).

3. Pfandbestellung. Wenig verschieden von der Bürgschaft ist die Pfandbestellung durch Dritte für die Darlehnsschuld eines Hauskindes, weil in derselben eine Intercession liegt. Daher gilt von ihr das von der Bürgschaft überhaupt Gesagte; vgl. l. 2 i. f. D. quae respign. 20, 3. Auch das Regressrecht des Pfandbestellers beurtheilt sich nach denselben Grundsätzen wie der Rückgriff des Bürgen (Schwanert S. 355). Dückers (S. 77) fügt noch hinzu, dass der Gläubiger an dem gegebenen Pfand wie an dem gezahlten Gelde ein Retentionsrecht habe. Die Pfandbestellung durch den Hausvater gilt als Ratihabition der ganzen Schuld ähnlich wie die Zahlung und die Bürgenbestellung. Es fragt sich aber, ob der Haussohn durante potestate für seine Schuld ein Pfand bestellen könne. Diese Frage ist zu bejahen, weil jede natürliche Obligation eine hinreichende Grundlage bildet für die Bestel-

bung eines Pfandrechtes (s. z. B. l. 5 pr. D. pign. 20, 1); aber Voraussetzung ist auch hier wie bei der Zahlung, dass der Sohn zur Pfandbestellung befugt sei. Dies ergiebt sich nicht nur aus den allgemeinen Grundsätzen (s. Arndts § 371), sondern auch aus der Entscheidung der l. 7 § 2 D. h. t. („patris tamen res non tenebitur"). Ist die Verpfändung einer väterlichen Sache durch den Sohn schon dann nichtig, wenn das Darlehn wegen in rem patris versio nicht unter das Verbot des Senatusconsultes fällt, wie dies in l. 7 § 2 cit. der Fall ist, so ist sie noch weit eher nichtig, wenn ein mutuum contra senatusconsultum vorliegt. Selbst wenn der Sohn iussu patris das Darlehn aufnahm, kann er väterliche Sachen nicht verpfänden (l. 3 D. quod iussu 15, 4; s. Dückers S. 79; a. M. Dietzel S. 128; vgl. Glück S. 336 f.). Auch dann geschieht keine giltige Verpfändung aus Peculiarvermögen durch den Sohn, wenn letzterer die freie Verwaltung des Peculiums hat, nach Analogie der Entscheidung der l. 3 § 2 D. h. t.: „non enim perdere ei peculium pater concedit, cum peculii administrationem permittit" (vgl. Schwanert S. 354 Anm. 44, Dückers S. 78 f., Seydel S. 42). Daher kann der Vater auch in diesem Fall das gegebene Pfand vindicieren; dagegen

steht dem Sohn, wenn er als Erbe des Vaters die verpfändete Sache vom Gläubiger zurückfordert, die exceptio doli entgegen (l. 7 §. 2 i. f. cit.). Dem widerspricht nicht, dass der Gläubiger gegen den Sohn als Erben des Vaters keine actio hypothecaria auf Herausgabe der durch ersteren verpfändeten Sache anstellen kann (Schwanert S. 354, Dückers S. 80; vgl. l. 4 C. h. t. – argumentum a contrario –).

4. Novation. Jede Obligation, auch eine naturalis obligatio, kann giltig novirt werden und wird durch die neue Obligation aufgehoben (l. 1 §. 1 D. de nov. et del. 46, 2). Daher kann auch die natürliche Verbindlichkeit aus einem Darlehn gegen den Senatsbeschluss novirt werden. Jede Novation, welche durch den Hausvater veranlasst wird, involvirt eine Ratihabition der Darlehnsschuld und somit die Ausschliessung der Senatovorschrift (Schwanert S. 355, Dückers S. 81, Seydel S. 43, Mandry S. 518 f.). Die Expromission der Darlehnsschuld durch einen Dritten ist analog der Bürgschaft zu behandeln (Schwanert S. 359, Ryck S. 106; vgl. l. 8 §. 8 D. ad SC. Vell. 16, 1); durch sie wird das Hauskind liberirt, der Expromittent haftet einzig und allein. Ist dagegen der neue Schuldner dem Gläubiger durch das Haus-

kind delegirt worden, so ist zwar die Novation eine giltige, aber die exceptio senatusconsulti steht auch dem neuen Schuldner zu, weil er gegen das Hauskind regrediren könnte (vgl. Dückers S. 81, Mandry S. 518 f. und l. 12 D. 46, 2).

Ob ein Hauskind überhaupt eine Novation vornehmen könne, ist fraglich. Verneint ist diese Frage in l. 20 pr. und l. 25 D. de nov. et del. 46, 2. Paulus sagt zwar in l. 10 D. eod.: „cui recte solvitur, is etiam novare potest," stimmt aber in l. 27 pr. D. de pact. 2, 14 der Entscheidung Labeos bei: „et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint, quod est verum" (vgl. l. 25 D. 46, 2). Aber in den genannten Stellen handelt es sich nicht um Schulden, sondern um Forderungen der Hauskinder, und nur von letzteren ist auch die Entscheidung Gaius' (l. 34 D. 46, 2) zu verstehen: „Dubitari non debet, quin filius servusve, cui administratio peculii permissa est, novandi quoque peculiaria debita ius habeat," wie dies aus den darauf folgenden Worten: „utique si ipsi stipulentur, maxime si etiam meliorem suam condicionem eo modo faciunt" erhellt. Daher können Hauskinder ihre Forderungen nicht selbst noviren, ausser

wenn sie freie Verwaltung des Peculiums haben. Dies ist leicht erklärlich, weil Forderungen der Hauskinder zum väterlichen Vermögen gehören und durch Novation aufgehoben werden, wenngleich an ihre Stelle neue Forderungen treten. Ein Hauskind darf aber dem Vater keine Forderung entziehen: „adquirere enim obligationem potest, deminuere non potest" (l. 22 D. de solut. 46, 3). So heisst es denn auch in l. 23 D. 46, 2: „filius patris actionem ignorante eo novare non potest," weil jede Forderung des Hauskindes eine Klage des Vaters begründet, da das Hauskind selbst nicht klagen kann (l. 9 D. de O. et A. 44, 7). Es folgt, dass ein Hauskind die Forderung eines Dritten giltig noviren kann, weil es dadurch dem Vater eine Klage erwirbt. Aber auch fremde Schulden, ja sogar fremde Darlehnsschulden können durch Hauskinder giltig novirt werden (l. 13 D. h. t.), weil sich letztere überhaupt giltig verpflichten können, und aus demselben Grunde können Hauskinder auch eigene Schulden giltig noviren, was durch l. 19 D. 46, 2 bestätigt wird.

Dieser Unterschied zwischen Novation von Forderungen

und von Schulden eines Hauskindes wird von niemand beachtet; die Novation durch ein Hauskind wird theils überhaupt, theils speciell bei Darlehnsschulden gegen den Senatsbeschluss als giltig oder als nichtig bezeichnet (vgl. Dückers S. 81 f., Seydel S. 44, Puchta §. 306, Sintenis §. 108, Schwanert S. 355, Ryck S. 105, Dietzel S. 125 f., Mandry S. 513 ff., Windscheid §. 289 Nr. 5 und Anm. 19 und 20). Das Richtige ist, dass ein Hauskind eigene Schulden, aber auch nur Schulden, giltig noviren kann; die Novation hebt die natürliche Verbindlichkeit aus dem Darlehn auf, dagegen erzeugt die neue Obligation nur dann eine wirksame Klage gegen das Hauskind, wenn dies der <u>ratio</u> der Senatsvorschrift nicht widerspricht. Unwirksam, wenn auch giltig, ist daher die in Novationsabsicht vorgenommene Stipulation zwischen dem Darlehnsgeber und dem Hauskind, weil dieselbe eine <u>fraus contra senatusconsultum</u> involvirt; daher kann sowohl der Vater als auch der Sohn der an Stelle der <u>condictio ex mutuo</u> tretenden <u>actio ex stipulatu</u> die <u>exceptio senatusconsulti</u> entgegensetzen (Schwanert S. 359, Dückers S. 82, Mandry S. 518). Anders verhält es sich, wenn der bisherige Gläubiger das Hauskind

einem anderen Gläubiger delegirt. Die Delegation ist nicht nur giltig, sondern auch wirksam, und steht dem Delegatar die Einrede aus dem Senatsbeschluss nicht entgegen nach l. 19 D. 46, 2: „Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, immo et in ea, quae ex senatus consulto filio familias datur: nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra senatus consultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit: tanto magis quod hic nec solutum repetere potest.... ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus non facile scire petitor potest, quid inter eum, qui delegatus est, et debitorem *) actum est, aut, etiamsi sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur."

---

*) Statt debitorem ist zu lesen creditorem oder delegantem, oder ist anzunehmen, dass der bisherige Gläubiger des Hauskindes Schuldner des neuen Gläubigers und deswegen als debitor bezeichnet sei.

Diese Entscheidung widerspricht nicht der ratio senatusconsulti (vgl. dagegen Dückers S. 82 f.), denn wenn eine fraus contra senatusconsultum vorliegt, greift selbstverständlich die Senatsvorschrift Platz (vgl. Schwanert S. 358 und Mandry S. 484 und 518 f.). Der entscheidende Grund liegt nicht, wie Ryck (S. 106; vgl. Schwanert S. 357 und Dückers S. 83) behauptet, in den Worten: „ideo autem" cet., also im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs, denn diese Worte begründen nicht die Specialentscheidung bezüglich der exceptio senatusconsulti (so Mandry S. 485), er liegt in den Worten: „quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit." Nur die Darlehnsaufnahme ist dem Hauskind untersagt; andere Contracte einzugehen, ist ihm gestattet (l. 3 §. 3 D. h. t.); selbst die Bürgschaft eines filiusfamilias ist giltig und wirksam (l. 7 pr. D. h. t.), weil letzterer sich überhaupt giltig verpflichten kann. Nun aber liegt in der Stipulation zwischen dem Hauskinde und dem neuen Gläubiger eine Intercession für den bisherigen Gläubiger. Dies beweisen die Worte der l. 19 cit.: „diversum est in muliere, quae contra senatusconsultum promisit: nam et in secunda promissione

intercessio est." Was macht es denn für einen Unterschied, wenn, wie dies in der Regel der Fall, der Delegatar Gläubiger des Deleganten ist, ob der neue Gläubiger stipulirt: „quod Titio (debitori meo) debes, id mihi dare spondes?" oder: „quod Titius (creditor tuus) mihi debet, id tu mihi dare spondes?" Kann nun ein Hauskind für einen anderen intercediren, so kann es auch giltig und wirksam seine Darlehnsschuld mittels Delegation noviren.

Dass die exceptio senatusconsulti im Fall der Delegation nur dem Hauskind nicht, wohl aber dem Vater zustehe (so Schwanert S. 357, Dietzel S. 126, Seydel S. 46 ff.), ist nirgends gesagt. Der neue Gläubiger kann sowohl den Vater als auch den Sohn mit Erfolg belangen (Dückers S. 83 f., Ryck S. 107, Mandry S. 486 Anm. 10). So würde auch Paulus entscheiden, da er davon ausgeht, dass die neue Obligation gegen die Senatsvorschrift nicht verstosse. Was die Ausführung Seydels (S. 44–48) anlangt, welcher mit Dietzel (S. 90 ff.) den Fall der l. 7 § 7 D. h. t. von einer Delegation versteht (s. oben S. 89 ff.) und diese Stelle mit der l. 19 cit. in Uebereinstimmung bringen will, so ist sie nichts mehr als eine Fiction. Ueber die Novation durch

einen selbständig gewordenen Haussohn siehe den folgenden Paragraphen.

5. Constitutum debiti proprii. Die Darlehnsschuld eines Hauskindes kann als natura debitum (l. 1 § 7 D. de pec. const. 13, 5) giltig u. zw. auch durch das Hauskind selbst constituirt werden, da nach l. 1 § 3 D. 13, 5 Hauskinder überhaupt befugt sind, die Bezahlung ihrer Schulden zu versprechen. Freilich steht auch der actio de pecunia constituta die exceptio senatusconsulti entgegen. Dies ergiebt sich theils daraus, dass sie der condictio ex mutuo noch immer entgegensteht, da das Zahlungsversprechen nicht wie die Novation die frühere Obligation aufhebt (vgl. Schwanert S. 360), theils aus der ratio senatusconsulti. Denn wollte man dem Gläubiger eine wirksame Klage aus dem Constitutum gewähren, so würde man ihm bez. dem Hauskinde ein Mittel geben, jedes Darlehn gegen den Senatsbeschluss klagbar zu machen. Ein Zahlungsversprechen durch das Hauskind ist ohne fraus contra senatusconsultum kaum denkbar, wenn auch die fraus nicht nothwendig auf Seiten des Gläubigers vorliegt. Uebrigens sind die Ansichten über die Giltigkeit

des Constitutum in diesem Fall getheilt, da wir keine Quellenentscheidungen hierüber haben. Dafür sind Schwanert (S. 360 f.), Seydel (S. 48 f.) und Mandry (S. 520 f.), welche jedoch sämmtlich die actio de pecunia constituta für unwirksam erklären. Dagegen sind Dietzel (S. 126), Dückers (S. 85 f.), Windscheid (S. 289 Anm. 20) und Ryck (S. 105).

Das Zahlungsversprechen durch den Hausvater und Dritte (constitutum debiti alieni) fällt unter den Gesichtspunkt der Bürgschaft (s. oben Nr. 2).

6. Compensation. Streitig ist auch, ob mit der Darlehnsschuld eines Hauskindes Forderungen des letzteren an den Gläubiger compensirt werden können. Während sich Glück (S. 312), Schwanert (S. 361 ff.), Dückers (S. 101 f.), Ryck (S. 105) und Mandry (S. 522 ff.) für die Zulässigkeit der Compensation erklären, sind Unterholzner (S. 72 Anm. n. 5), Seydel (S. 49 f.) und Windscheid (S. 289 Anm. 21) dagegen. Auch über diese Frage haben wir keine Quellenentscheidungen. Nur soviel steht fest, dass mit Naturalschulden compensirt werden kann (l. 6 D. de comp. 16, 2: „etiam quod natura debetur, venit in compensatio-

nem"). Dem widerspricht nicht l. 14 eod.: „quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt," da, wie Dückers (S. 101) richtig bemerkt, schon das Wort perimi darauf hinweist, dass in der angeführten Stelle von einem indebitum die Rede ist (so auch Schwanert S. 219, Ryck a. a. O.; a. M. Unterholzner und Seydel). Für die Zulässigkeit der Compensation spricht die Anerkennung der soluti retentio (Mandry S. 523; dagegen Windscheid a. a. O.) sowie der Umstand, dass das Senatusconsult dem Gläubiger nur die Klage entzieht und Exoneration des Schuldners nicht bezweckt (Schwanert S. 361). Endlich ist auch in der l. 19 D. 46, 2, welche die Delegation für statthaft erklärt, die Compensation, wenn auch indirect, anerkannt; denn im Fall der Delegation wird die Forderung des Delegatars an den delegirenden Gläubiger, also eine Schuld des letzteren, mit der Darlehnsschuld des Hauskindes gewissermassen compensirt. Es ist jedoch zu bemerken, dass eine Compensation durante potestate in der Regel schon deswegen unmöglich ist, weil Forderungen des Hauskindes dem Vater erworben werden, und die Darlehnsschuld des ersteren

den Vater nicht einmal __naturaliter__ obligirt, sofern das Darlehn unter das Verbot der Senatsvorschrift fällt (Schwanert S. 362, Dückers S. 102, Mandry S. 524); es müsste denn der Vater in die Compensation einwilligen, worin eine Ratihabition der Darlehnsschuld liegt.

---

§. 11.

Agnition der Darlehnsschuld bez. Verzicht auf die __exceptio senatusconsulti.__

Jede Anerkennung der Darlehnsschuld des Hauskindes durch den Hausvater gilt als Verzicht auf die __exceptio senatusconsulti__. Wie sie erfolgt, ist gleichgiltig, da schon der stillschweigende Consens des Vaters die Ausschliessung der Senatsvorschrift bewirkt. Im Fall einer Agnition durch den Hausvater wird daher auch die Einrede des Hauskindes und seiner Intercedenten verloren, weil die Ratihabition des Vaters eine rückwirkende Kraft hat (s. Dückers S. 110 f.). Andrerseits aber involvirt der blosse Verzicht des Vaters auf die Einrede nicht immer eine Anerkennung der Schuld des Hauskindes, daher kann in diesem Falle sowohl dem letzteren als auch seinen Bürgen die

Einrede noch zustehen (vgl. Dückers S. 137).

Die Anerkennung des Hauskindes durante potestate ist ungiltig. Dies ergiebt sich theils aus l. 2 C. h. t. (argumentum a contrario), theils und namentlich aus der ratio der Senatsvorschrift. Dazu kommt, dass der Verzicht eines Hauskindes von einer Schenkung wenig verschieden ist (vgl. l. 12 D. 46, 2: „si quis delegaverit debitorem, qui *) doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur"), und Schenkungen einem Hauskinde untersagt sind (l. 7 pr. D. de don. 39, 5; s. Dückers S. 134); letzteres wird von Windscheid (S. 373 Anm. 18) verkannt. Hat jedoch ein Hauskind nach der Darlehnsaufnahme ein castrensisches Sondergut oder ein anderes Peculium, welches dem castrensischen gleichsteht, erworben, so wird man wohl annehmen können, dass es auch durante potestate seine Darlehnsschuld agnosciren dürfe. Seine Haftung wird man jedoch auf das Sondergut beschränken müssen. Streitig ist, ob ein eidlicher Verzicht des Hauskindes während der Dauer der

---

*) Das qui bezieht sich auf das Subject quis.

väterlichen Gewalt giltig sei. Die herrschende Meinung erklärt sich dagegen (Glück S. 313 ff., Sintenis §. 108 bei Anm. 41, Dückers S. 135 ff., Seydel S. 51, Ryck S. 117, Mandry S. 499 f.; a. M. Unterholzner §. 73. 7), und derselben möchte auch ich mich anschliessen, weil ein derartiger Eid contra bonos mores ist.

Nach Auflösung der väterlichen Gewalt kann der Sohn auf seine Einrede giltig verzichten, jedoch muss der Verzicht in der Regel ein vertragsmässiger sein (vgl. Windscheid §. 373 Nr. 6), d. h. er muss einmal ein Versprechen enthalten, zahlen zu wollen bez. die exceptio senatusconsulti nicht vorzuschützen, und zweitens muss dieses Versprechen nicht dritten Personen, sondern dem klagberechtigten Gläubiger gegenüber erklärt werden. Ein Verzichtsvertrag ist zwar dem römischen Rechte unbekannt (Mandry S. 492. 496), lässt sich aber als Schenkungsvertrag auffassen. Da der Wille des Hauskindes im Allgemeinen irrelevant ist (Mandry S. 492), so darf man nicht annehmen, dass jede Anerkennung des Sohnes ähnlich wie der Consens des Hausvaters als Verzicht auf die Einrede gelte. Daher ist die

blosse Behauptung des Schuldners, schuldig zu sein, noch kein Verzicht. Dasselbe gilt vom Bürgen des Haus-Kindes. Zahlungsversprechen und Novation involviren immer ein Versprechen des Schuldners, gelten daher stets als Verzicht. Hat dagegen der selbständig gewordene Sohn in Novationsabsicht dem Gläubiger ein erneutes Zahlungsversprechen abgegeben, so kann er der <u>actio ex stipulatu</u> des Gläubigers eine <u>exceptio in factum</u> entgegensetzen, wenn er in Folge eines factischen Irrthums, nicht dagegen eines Rechtsirrthums, wie Donellus (XII c. 28 §. 10) annimmt, die Zuständigkeit der <u>exceptio</u> nicht kannte (l. 20 D. h. t.). Ueber die Art des Irrthums, von welchem in der angeführten Stelle die Rede ist, gehen die Ansichten auseinander. Unterholzner (S. 73. g.) versteht darunter jeden factischen Irrthum (vgl. Puchta §. 306, Sintenis S. 108), Windscheid (§. 288 Anm 11), an den sich Seydel (S. 43 f.) anschliesst, einen Irrthum über den Schuldgrund; Schwanert (S. 355 f.) und Ryck (S. 116) nehmen an, der Schuldner habe nicht gewusst, dass er sich zur Zeit der Darlehnsaufnahme in väterlicher Gewalt befunden hätte; Mandry (S. 516 f., 519) endlich behauptet,

dass der Sohn bei Abschliessung der Novation sich irrthümlich für einen Haussohn gehalten habe. Ich für meinen Theil sehe nicht ein, warum der Ausdruck ignorantia facti nicht jeden factischen Irrthum begreifen sollte.

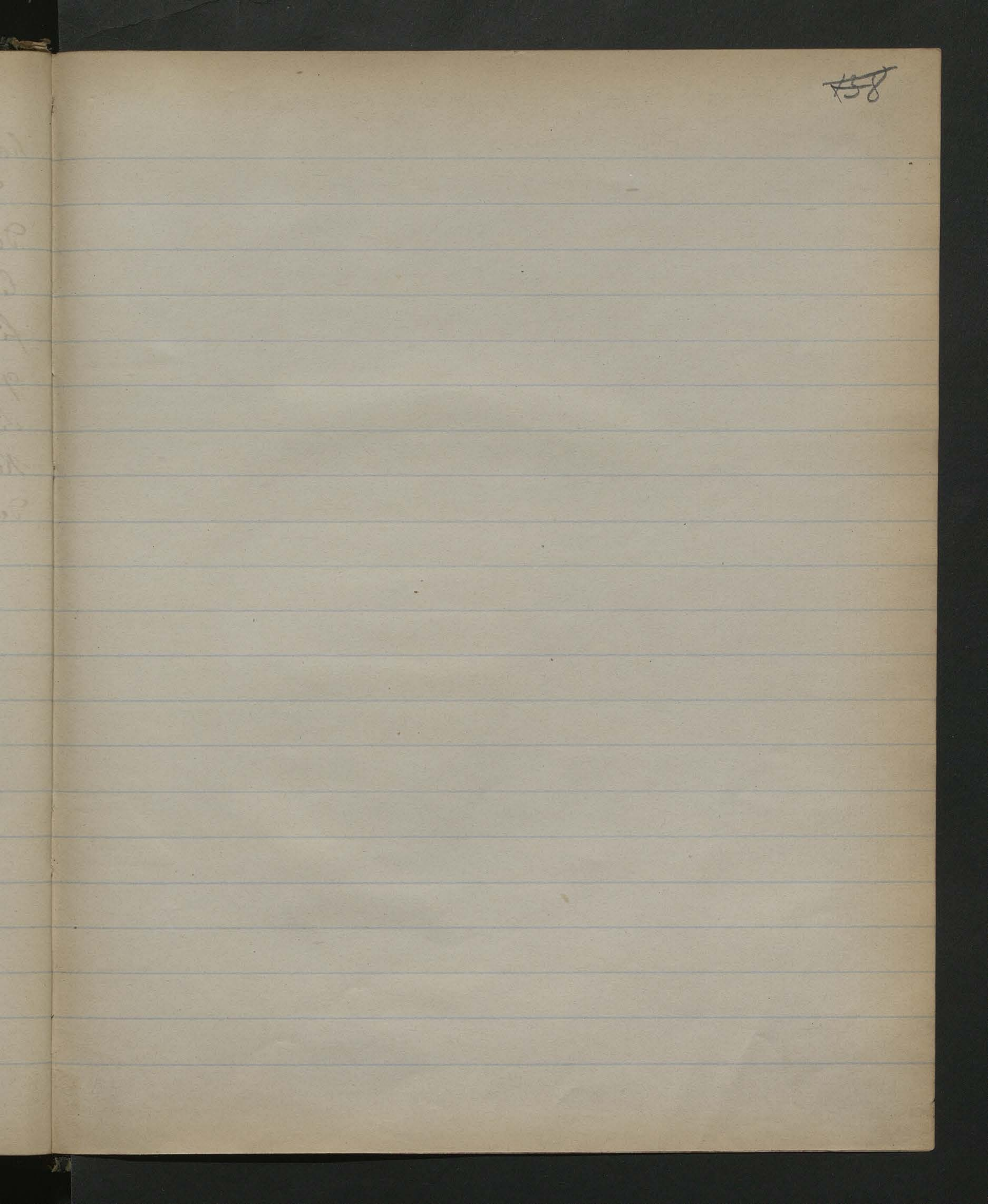
Obgleich nun im Allgemeinen nur der vertragsmässige Verzicht des selbständig gewordenen Sohnes giltig ist, so kann er doch auch rechtlich präsumirt werden, so wenn der Sohn als paterfamilias einen Theil seiner Schuld bezahlt. Die theilweise Zahlung schliesst die Anwendbarkeit des Senatusconsultes auf die ganze Schuld aus (l. 7 §. 16 D. h. t.). Diese Erklärung der angeführten Stelle ist die natürlichste, weil im unmittelbar vorhergehenden §. 15 dieselbe Bestimmung bezüglich des Vaters enthalten ist, und Ulpian in l. 9 D. h. t. fortfährt: "sed si pater familias factus rem pignori dederit, dicendum erit senatus consulti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem," um durch das sed den Gegensatz zwischen theilweiser Zahlung und Pfandbestellung zu bezeichnen. Diese Ansicht wird von Donellus (XII c. 28 §. 5) und Glück (S. 322–326, vgl. Unterholzner §. 73 Anm. h. 3) vertreten. Donellus begründet

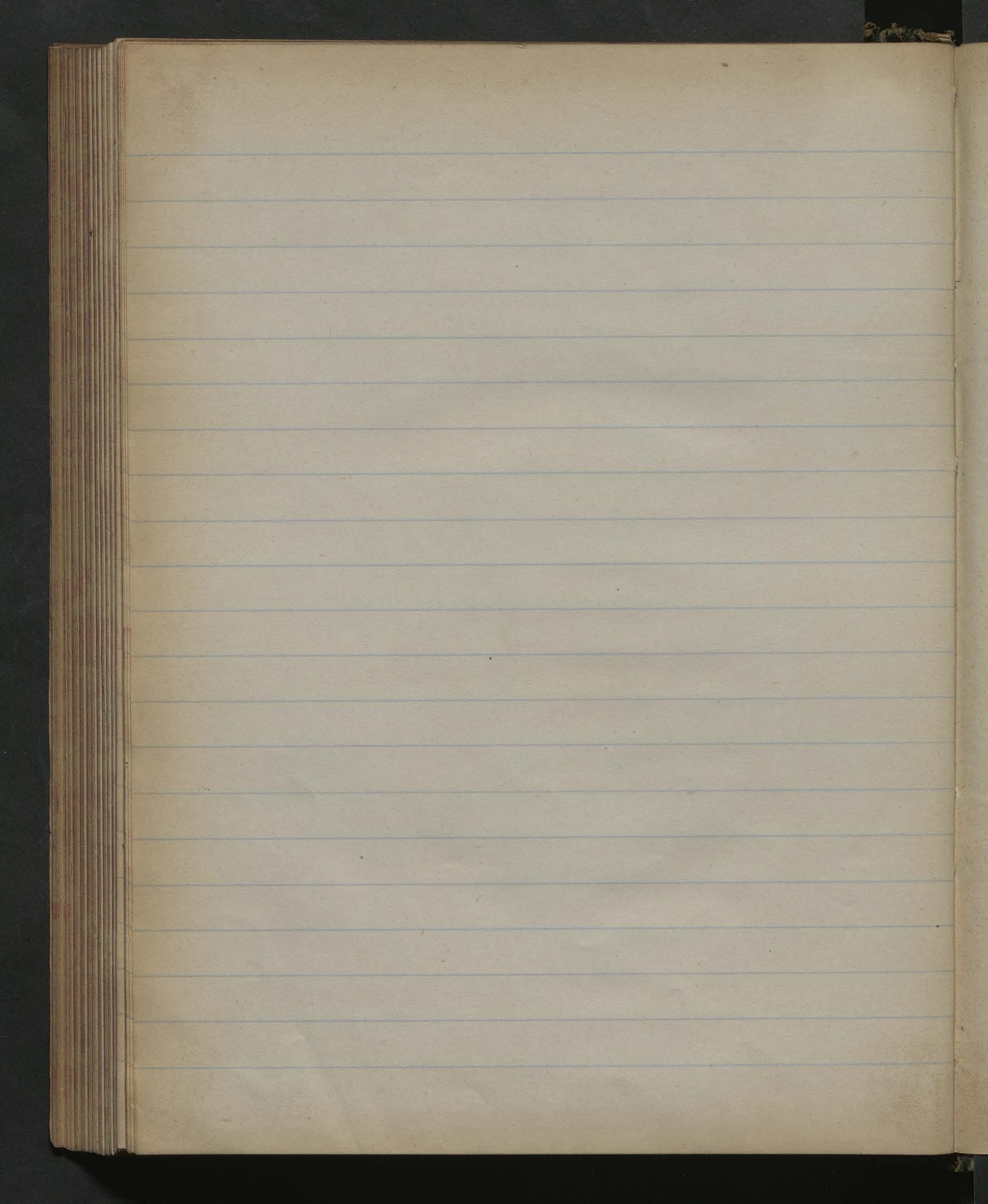
seine Ansicht etwas sophistisch: „nam qui se dicit partem debiti solvere, hoc dicit se partem solvere eius, quod totum debet: quia non est pars nisi totius." Glück hebt mit Recht hervor, dass, wenn die entgegengesetzte Ansicht richtig wäre, die Worte: „cessabit senatusconsultum" überflüssig wären. Anders die herrschende Meinung (Puchta S. 306, Schwanert S. 352 f., Dietzel S. 132 ff., Dückers S. 124 ff., Sintenis S. 108 Anm. 47, Seydel S. 53 f., Ryck S. 116, Windscheid S. 373 Anm. 17). Dagegen ist eine theilweise Zahlung durch den Sohn durante potestate keine Anerkennung der ganzen Schuld; daher hat er bezüglich des Restes die exceptio senatusconsulti (Donellus XII c. 28 S. 13, Glück S. 321 f.).

Anders verhält es sich mit der Pfandbestellung durch den selbständig gewordenen Sohn; hier wird ihm nur usque ad pignoris quantitatem die Einrede entzogen nach l. 9 pr. D. h. t. cit. Der Grund dieser verschiedenen Wirkung von Theilzahlung und Pfandbestellung liegt nach Voet (s. Glück S. 332) darin, dass in der Pfandbestellung eine stillschweigende Protestation des Schuldners enthalten sei, nur bis zum Belange des Pfandes

haften zu wollen (vgl. hierüber Glück S. 329-333).

Der Verzicht des selbständig gewordenen Sohnes kann die Einrede des Bürgen nicht beseitigen. Dafür spricht l. 62 D. de pactis 2, 14: „sed verius est semel adquisitam fideiussori pacti exceptionem ulterius ei invito extorqueri non posse" (vgl. Donellus XII c. 28 § 11, Dückers S. 132 f., Sintenis § 108 Anm. 47, Seydel S. 54). Umgekehrt kann auch der Verzicht des Bürgen die Einrede des Sohnes nicht beseitigen (Dückers S. 137, Mandry S. 501).





Skończyłem przepisywać w Dreźnie, dnia 28. 8. 1882.

